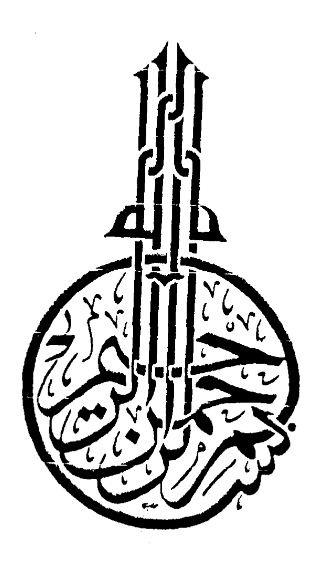
مقـــدمة القانـــون المـــدنى

الحقـــوق والمراكـــز القانونية

الدكتور
حمدى عبدالرحمن أحمد
دكتوراه الدولة فى القانون - جامعة باريس
أستاذ القانون المدنى بحقوق عين شمس
رئيس قسم القانون المدنى وعميد كلية الحقوق سابقاً
المحامى بالنقض ومجلس الدولة والدستورية العليا

٢٠٠٢ - ٢٠٠٣



[وفوق كل ذي علم عليم]

صدق الله العظيم

بسم الله الرحمن الرحيم

١- لا يدانى فكرة القانون، فى أهميتها وشيوعها، سوى فكرة الحق. فتعبير الحق يستخدم فى الحياة القانونية، بل وفى الحياة اليومية، بقدر كبير. بل إن كل شخص يستخدم التعبير، فى اللغة، حسب ما تمليه عليه مصالحه، سواء التزم فى ذلك الاستخدام، كثير من الدقة العلمية أو قليلها.

ولاشك أن كلمة «الحق» تعطى الاحساس بالاستئثار والتسلط، فحين يذكر الشخص أن له حقاً معيناً، فإنه يصرف التعبير إلى معنى الانفراد بالقيمة التى يعرض لها، فضلا عما يقتضيه هذا المدلول من منع الآخرين من المساس بها. لذلك، فإن أقرب معانى الحق، هو ما يحمل الاختصاص بميزة معينة على وجه الانفراد.

ولأن فى مفاد الحق معنى الميزة الفردية، فقد ثار، فى صدد تعريفه، خلاف، على ما سنرى، بين أنصار الفردية وأنصار الاشتراكية[1] وذلك فضلا عن الخلاف الفلسفى.

ورغم ذلك، فالحق، بصفة عامة، تعبير عن بعض أوجه العلاقات القائمة بين الأفراد، وشأنه، من هذه الزاوية، شأن القانون ذاته، فكلاهما من لوازم الحياة فى مجتمع.

وبالتالى، فكما لا يوجد قانون فى الفرض النظرى الذى يعيش فيه الإنسان منعزلا فى جزيرة، لا توجد حقوق أيضا. فالحقوق تقتضى «الغيرية»

(١) راجع: عبد المنعم البدراوى، مبادئ القانون (١٩٧٢) رقم ١٧٥، ص ٢٥٩ ومابعدها.

ومن يعـيش بمفـرده قـد تكون «لديه أشـيـاء» ولكن ليس له حـقـوق بالمعنى القانونى[1]. فالنظام القانوني يقرر الحق لشخص فى مواجهة أشخاص آخرين.

لذلك، كـان منطقيـاً أن تحـمل تعـريفـات الحق، عند بعض الفـقـه، المعنى المشار إليه.

«فالحق، فى نهاية الأمر، ليس سوى رابطة قانونية بين شخصين، يستطيع أحدهما (صاحب الحق)، بمقتضاها أن يقتضى، من الآخر، احترام الالتزامات التى يقررها القانون»[2].

وعند البعض الآخر Windscheid، يعـرف الحق بأنه اقـتـضـاء سلوك أو فعل، أو امتناع، من أشخاص غير معينين أو من شخص معين لصالح صاحب الحق[3].

٢- ولا تتحدد فكرة الحق على نحو كامل إلا إذا نظرنا إلى جانب آخر، لا ينفصل عنها، وهو جانب الالتزام Obligation وهو الوجه الآخر للحق. وهذا الالتزام قد يتمثل فى مجرد الواجب العام الملقى علي عاتق الكافة باحترام المكنة، أو الميزة، التى يخولها القانون لصاحب الحق. ففى حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الارتفاق (الحقوق العينية الأصلية) يلتزم كافة الناس بعدم عرقلة ممارسة صاحب الحق للميزات التى يخوله اياها حقه. وقد عبر بعض الفقه

---

(١) راجع: دابان، Droit Subjectif (باريس ١٩٥٢) ص ٩٤.

(٢) راجع: ميخاليدس نواروس dichaélidés-Nouaros مقال بعنوان التطور الحديث لفكرة الحق، المجلة الفصلية للقانون، ١٩٦٦، ص ٢١٨.

(٣) أشار إليه، دابان، الحق، ص ٩٥.

(بلانيول) عن هذا الالتزام بأنه «الالتزام العام السلبى»[1]، ومفاد السلبية هنا هو أن التزام الكافة هو بمثابة واجب عام بالامتناع عن تعكير صفو التمتع بالحق؛ ووجه العمومية أن هذا الالتزام لا يقع على عاتق شخص معين بالذات. ويتحقق ذات المعنى السابق بالنسبة للحقوق التى ترد على قيم غير مادية (الحقوق الذهنية وحقوق الملكية التجارية)[2].

وعلى العكس من ذلك قد يتمثل الالتزام (الوجه الآخر للحق) فى واجب محدد يقع علي عاتق شخص أو أشخاص محددين بالذات. وهو ما نجده فيما يسمي حق الدائنية (الحق الشخصى)، إذ يخول هذا الحق صاحبه (الدائن) سلطة أن يقتضى من شخص آخر (المدين) اعطاء شئ أو أداء عمل، أو امتناع عن عمل. فالمدين فى هذه الفروض هو شخص معين بالذات يتحمل التزاماً، بأداء محدد، بالمعنى الدقيق[3].

٣- ويعتبر الحق، فى تعريفه، عناصره ومشاكله، من المسائل الأساسية فى القانون المدنى. وقد تعرض هذا القانون لبعض جوانبها، حيث تعرض فى الفصل الثانى من الباب التمهيدى لشخص الحق: الشخص الطبيعى (مواد من ٢٥ حتى ٥١) والشخص الاعتبارى (مواد من ٥٢ حتى ٥٣).

والملاحظ من ناحية أن هذه النصوص لا تغطى كل مشكلات الحق، إذ أن مشاكل أخرى تتناولها نصوص قوانين خاصة (كقوانين الولاية على

---

(١) بلانيول، مطول القانون المدنى، ١٨٩٦، جزء أول رقم ٢١٥٨.

(٢) راجع: ستارك، القانون المدنى، المقدمة، رقم ١٤٨ ومابعدها، ص ٦٦ ومابعدها.

(٣) ستارك، الموضع السابق (راجع فيما بعد رقم ٥١ ومابعدها).

المال[١] وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية[٢] والقانون الخاص بالجمعيات والمؤسسات الخاصة)٠

ومن ناحية أخرى، فإن القانون المدنى والقوانين الخاصة الملحقة لم تنظم سوى جانب المعاملات المالية، ولكنها لم تتعرض لقطاع آخر هام هو قطاع الأحوال الشخصية (القواعد المتعلقة بحالة الشخص وأهليته)، رغم أن هذا القطاع الأخير يعد، علمياً، أحد القطاعات الأساسية فى القانون المدنى٠

لذلك، فإن دراسة نظرية الحق، بوصفها مقدمة للقانون المدنى، هى دراسة للفكرة فى شمولها للحق، فى نطاق المعاملات المالية، وفى نطاق الأحوال الشخصية على حد سواء٠

وفى نطاق البحث فى نظرية الحق، فإننا سنقسم هذه الدراسة إلى بابين، حيث نعرض فى الباب الأول لفكرة الحق فى جوانبها الأساسية وهى تعريف الحق، وأنواعه، ومصادره٠ ثم نعرض فى الباب الثانى لعناصر الحق، فنتكلم عن أشخاص الحق، ومحل الحق، والحماية القانونية للحق٠

---

(١) قانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢٠

(٢) قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢٠

الباب الأول

فكرة الحق

تعريفه - أنواعه - مصادره

الفصل الأول

تعريف الحــــــق

٤- تعرضت فكرة الحق لكثير من المناقشات الفلسفية التى اتجه بعضها إلى انكار الفكرة من أساسها، واتجه البعض الآخر إلى تدعيمها والاعلاء من شأنها. فقد كان التعريف الدارج للحق أنه مكنة أو سلطة يعترف بها القانون للفرد، وعلى هذا المعنى وجد الحق دفاعا حماسيا من جانب أنصار القانون الطبيعى والمذهب الفردى، أما أنصار المدارس الواقعية والاجتماعية فقد وجدوا فى ذلك التعريف تشيعاً لنزعة فردية ترفضها عقيدتهم، فحاولوا هدم الفكرة واستبدال نموذج آخر بها، تحل فيه فكرة المركز القانونى La situation juridique محل فكرة الحق، وتقوم فيه فكرة الواجب، أو الوظيفة الاجتماعية، مقام فكرة الاستئثار أو التسلط الفردى.

وقد تزعم حملة العداء للحق بعض كبار فلاسفة القانون، مثل العميد ديجى Duguit فى فرنسا، وهانز كلسن Kelsen فى النمسا، ولقد أثمرت جهود هؤلاء الفلاسفة ابراز كثير من الجوانب الجديدة لفكرة المركز القانونى الفردى فى علاقته بالقاعدة القانونية، كما أنها خففت من غلواء الفردية فى مفهوم الحقوق. غير أن هذه الجهود لم تؤد بحال من الأحوال إلى القضاء على فكرة الحق التي مازالت تمثل حقيقة قانونية أساسية تجد أنصارها بين أغلبية فقهاء القانون. وقد تعرض تعريف الحق، حتى بين أنصاره لكثير من الجدل، بين داع إلى التوسع فى تعريفها، ونصير لقصرها على حدود معينة.

وسنعرض فيما يلى لأهم الاتجاهات الفلسفية فى صدد وجود الحق

وتعريفه. فقد وجد، كما أشرنا، من يتوسع فى الفكرة إلى حد كبير، كما وجد من ينكر الفكرة من أساسها، ثم وجدت اتجاهات حديثة تضع تعريفات محددة. على أن نكمل بحث التعريف بمناقشة العلاقة بين الحق والدعوى القضائية.

المبحث الأول

أنصار فكرة الحق

٥- يمثل هذا الاتجاه أغلبية من الفقهاء والفلاسفة الذين تعرضوا لنظرية الحق، ومن هؤلاء من أعطى للحق تعريفاً واسعاً، ومنهم من وضع للفكرة بعض الحدود والضوابط، وبالتالى قصرها على مراكز لها مقومات محددة. ويصنف الفقه اتجاهات الدفاع عن الحق الفردى إلى ثلاث نظريات: النظرية الشخصية، النظرية الموضوعية، النظريات المختلطة. وفيما يلى عرض موجز لكل منها.

المطلب الأول

النظرية الشخصية

٦- وتمثلها أساساً نظرية الإرادة التى نادى بها الفقيهان الألمانيان Wendscheid وسافينى Savigny. وتنظر هذه النظرية إلى الحق من خلال شخصه، فالحق هو قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين فى نطاق محدد[1]. فالقانون فى تنظيمه للعلاقات الفردية يرسم لكل شخص مجالا تتحرك فيه إرادته استقلالا عن الإرادات الأخرى. وهو ما يترتب عليه وجود

---

(١) راجع: اينسكو Ionescu، فكرة الحق فى القانون الخاص (باريس ١٩٣١) رقم ٤٠؛ وراجع ميخاليدس نواروس، المقال السابق، ص ٢١٦ ومابعدها.

الحق. ويلاحظ على هذا التعريف ابتداء أنه لا يطلق العنان للإرادة بل انه يقيد حركتها فى حدود ما يسمح به القانون. فحرية الحركة مكفولة للإرادة فى انشاء الحق أو نقله أو تعديله فى حدود ما يضعه القانون من ضوابط وشروط.

وقد واجهت هذه النظرية بعض الانتقادات. فقد ذهب بعض النقاد إلى أن تعريف الحق، على النحو السابق، يعنى ضرورة وجود الإرادة لاكتساب الحق، فى حين أن القانون يقرر الحقوق لبعض الأشخاص بغض النظر عن انعدام الإرادة لديهم، كالمجنون والصبى عديم التمييز. كما تتقرر الحقوق لبعض تجمعات الأموال والأشخاص التى يضفى عليها القانون الشخصية الاعتبارية كالشركات والجمعيات والمؤسسات. . . وأخيرا، فإن الحقوق قد تثبت للشخص بغير علمه، ولو كانت الإرادة هى مناط اكتساب الحق لما كان ذلك فى الامكان. ففى جميع هذه الفروض يتقرر الحق رغم أن صاحبه عديم الإرادة، أو رغم أنه ليس شخصاً طبيعياً أصلا، أو رغم تخلف علمه باكتساب الحق[1].

ومن ناحية أخرى فإن ممارسة الحق قد تكون بأعمال مادية ولا تقتضى بالتالى وجود إرادة مدركة، فالمجنون، أو الصبى غير المميز، يمارس حق الملكية

---

(١) راجع أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثانى (١٩٧٤)، رقم ٧٢، اسماعيل غانم، محاضرات فى النظرية العامة للحق ١٩٥٨ ص ١٠؛ جلال العدوى وتوفيق فرج، المراكز القانونية ١٩٧٥ ص ١٩ ومابعدها؛ توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية (١٩٧٦)، رقم ٢٦٥، ص ٤٤٠ ومابعدها؛ جميل الشرقاوى، دروس فى أصول القانون (١٩٧٢) رقم ٦٩؛ حسن كيرة، أصول القانون (١٩٥٩) رقم ٢٣٥، عبد المنعم البدراوى، مبادئ القانون ١٩٧٢، رقم ١٧٧، ص ٢٦١.
وراجع: Dabin، الحق، ص ٦٠، ٦١؛ اينسكو، المرجع السابق رقم ٤١.

في صورة الاستعمال، مع أن كل منهما فاقد التمييز والإرادة[١].

٧- وفى ذات الاتجاه السابق تسير نظرية الأستاذ بونار Bonnard، فقد دافع هذا الفقيه عن فكرة الحق وأعطى لها قدراً كبيراً من الشمول، فالحق هو قدرة شخص على أن يقتضى من آخر أداءً له فيه مصلحة وفقاً لقواعد القانون، فإذا تخلف المدين عن الوفاء تعرض لرفع الدعوى القضائية عليه، ويتحدد مضمون الأداء إما عن طريق القواعد القانونية وإما عن طريق تصرف إرادى[٢]. ويرى بونار أن جوهر الحق هو «قدرة اقتضاء الأداء». وهذه القدرة لا تسند إلى الفرد بمعزل عن الآخرين بل بمناسبة ما يمارسه من نشاط قبلهم. أما مجرد قدرة الفرد منفرداً على القيام بعمل معين، أو الامتناع عنه، فلا تكون فى حد ذاتها حقاً ذاتياً إنما تكون فقط إحدى الحريات.

أما مضمون الحق فهو قدرة اقتضاء الأداء من شخص آخر، سواء كان الأداء عملا ايجابيا أو مجرد امتناع عن عمل.

وبعد هذا التحديد يقسم بونار الحقوق إلى حقوق خاصة وحقوق عامة.

والحق الخاص هو قدرة اقتضاء أداءٍ معين فيما بين الأفراد.

أما الحق العام فهو قدرة اقتضاء الأداء بين الأفراد من ناحية، والدولة من ناحية أخرى.

---

(١) راجع فى الرد على هذه الاعتراضات ومناقشتها؛ دابان، السابق ص ٦١ ومابعدها؛ توفيق فرج. المرجع السابق، ص ٤٤٢ ومابعدها؛ جميل الشرقاوى، السابق رقم ٧٩.

(٢) راجع: Bonnard، الوجيز فى القانون الإدارى، الطبعة الرابعة، باريس ١٩٤٣ ص ٩١ ومابعدها، ومقاله عن الحقوق الذاتية العامة فى مجلة القانون العام .R.D.P سنة ١٩٣٢ ص٧٠٧ ومابعدها.

ووفقاً لهذا التعريف، فإن الحرية العامة قد تتضمن حقاً فردياً عاماً، فى الحدود التى يعترف فيها للفرد بأن يقتضى من الدولة الامتناع عن مخالفة القانون (أو عن مخالفة الشرعية) أو أن ترفع اللاشرعية إذا حدثت[١].

ويؤخذ على هذا الرأى أنه يجعل من قدرة الاقتضاء جوهراً للحق، مع أن هذه القدرة هى إحدى عناصر الحق، فهى تفترض أن هناك حقاً فى بعض الحالات، ولكنها لاتكون كل مضمون الحق. فهذا الأخير يخول لصاحبه مكنات متعددة لا يتخذ بعضها، بالضرورة، مظهر اقتضاء أداء أو امتناع عنه.

ومن ناحية ثانية، فإن ما ينتهى إليه هذا الرأى من صياغة ما أسماه بحقوق عامة، كالحق فى الشرعية (بمناسبة القرارات الإدارية)، ليس بمنأى عن النقد. فالملاحظ أن من نتاج هذا التعريف الواسع أن للفرد حقا فى ألا يضار بسبب مخالفة الشكل، أو الاختصاص أو بسبب تجاوز السلطة من جانب الإدارة، وفى هذا المقام تعطى النظرية للحق معنى سلبيا[١].

أما النقد الثالث فيتمثل فى أن نظرية الأستاذ بونار تتجاهل الهدف من الحماية القانونية في صدد الطعن بتجاوز السلطة. ففى هذا الطعن الأخير تستهدف الحماية القانونية تحقيق الصالح العام، أما المصلحة الفردية، التى

---

(١) قارن براى Barthelemy الذى سبق بونار فى اعطاء تعريف واسع للحق حيث يعرفه بأنه مصلحة يحميها القانون عن طريق الدعوى القضائية، فالملكية التى لا تحميها دعوى قضائية هى عبث. ومن هذا التعريف يقرر بارتلمي بأن هناك حقا بالنسبة للقرارات الإدارية فى عدم مخالفة القانون، أو فى التمسك بسلامة الاختصاص، أو فى عدم تجاوز السلطة: راجع:
Barthelemy: Essai d'une theorie des droits subjectifs des administrés (1899) p. 21 et s. er 66 ets.

يصيبها الضرر، فليست محلا لحق بالمعنى الصحيح، والقانون إنما يأخذها فى الاعتبار لاسناد صفة رفع الدعوى إلى شخص معين فحسب. فالخصومة فى هذا المجال إنما هى خصومة موضوعية وليست خصومة شخصية.

المطلب الثانى

النظرية الموضوعية

٨- وتعرف هذه النظرية الحق بأنه مصلحة مشروعة يحميها القانون، فالمصلحة هى العنصر الجوهرى فى الحق، وهى غايته. وقد تزعم هذا الاتجاه الفيلسوف الألمانى اهرنج Ihering[١]، وقد تفادى هذا التعريف، كما هو واضح، الاحالة إلى أى دور للإرادة. والمصلحة المتصورة قد تكون مادية، كما هو الحال فى المصلحة التى يتضمنها حق الملكية، حيث تتمثل فى قيمة مالية؛ كما يمكن أن تكون المصلحة معنوية: فالحق فى الحرية أو في الشرف إنما يتضمن قيمة معنوية لا تقل أهمية عن المصالح المالية إن لم تكن تفوقها.

ويضيف اهرنج إلى ذلك العنصر الأول عنصراً ثانياً شكلياً هو الحماية القانونية التى يسبغها القانون على المصلحة، والتى تتمثل أساساً فى الحق فى رفع الدعوى القضائية.

ومع ذلك فإن هذه النظرية لا ترى فى كل مصلحة مشروعة حقاً، فالمصلحة التى يحميها القانون لذاتها هى التى تمثل جوهر الحق. أما المسائل التى

---

(١) راجع:
I Hering, l'esprit du droit romain, trad. Franc. Meulenaire T.4. not. p. 286.

يحميها القانون بصفة عرضية (أى لا تتجه إليها الحماية لذاتها) فهى تكون مصالح مشروعة، ولكنها لا ترقى إلى مرتبة الحقوق الذاتية. فمثلا حين تفرض الدولة رسوما جمركية على الواردات الأجنبية، فإن الهدف هو حماية المصلحة العامة؛ ولكن الرسوم الجمركية تؤدى أيضا إلى حماية المصالح الخاصة للمنتجين المحليين. ففى هذا الفرض تحققت حماية قانونية، عرضاً، لمصالح خاصة، بمناسبة حماية المصلحة العامة. ولكن المصالح الخاصة لم تكن - كما هو واضح فى المثال المعروض - مقصودة بالحماية القانونية لذاتها، لذلك فهى لا تكون حقوقاً بالمعنى الدقيق.

نقد النظرية الموضوعية:

٩- تعرضت هذه النظرية لانتقادات من نواح عدة أهمها ما يلى:

فمن ناحية أولى، أخذ عليها أنها تعرف الحق بالغاية التى يسعى إليها، وليس بالعناصر التى تتكون منها ماهيته[(١)]. وهذا النقد فى الحقيقة لا يفهم إلا إذا كان القصد منه الرغبة فى عدم اهمال العناصر الأخرى الداخلة فى تكوين فكرة الحق؛ إذ ليس من الصحيح أن المصلحة فى الحق هى غايته التى تختلف عن الحق ذاته كوسيلة[(٢)]. فالمصلحة هى العنصر الجوهرى المكون للحق.

لذلك، فالحق بما قد يتضمنه - فى عناصره الأخرى - من معنى الوسيلة إنما يستهدف تحقيق هذه المصلحة وحمايتها. فليس هناك استقلال بين الغاية والوسيلة فى صدد المصلحة المكونة لأحد مقومات الحق.

---

(١) راجع: دابان: السابق، ص ٧٠.

(٢) راجع وقارن: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

أما القول بأن الحق قد يسند إلى شخص لا تكون له مصلحة (كما هو الحال بالنسبة لمن يتلقى ملكية مال بالهبة محملا بأعباء تستنفد كل منافعه)[(١)] فهو فرض نظرى؛ إذ أن الوضع الطبيعى فى المعاملات بين الأفراد الطبيعيين، إنما تقوم على منافع مادية أو معنوية[(٢)].

ومن ناحية ثانية، فقد أخذ على نظرية المصلحة أنها جعلت من الحماية القانونية عنصرا شكليا فى الحق، مع أن الحماية القانونية وما يستتبعها من حماية قضائية، فى صورة الدعوى، هى مجرد وسيلة للدفاع عن الحق، وبالتالى، نتيجة تالية فى وجودها لوجوذ الحق ذاته. فالحق لا يعتبر حقاً لأن القانون يحميه بدعوى، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق.

والحقيقة أننا لا نستطيع أن نغفل الحماية القانونية كعنصر فى اجتماع عناصر الحق، وهو أمر لا يجادل فيه أحد؛ فالمصلحة التى لا يحميها القانون لا ترقى إلي مرتبة الحق بالمعنى الدقيق. أما الدخول فى جدل حول أسبقية الحق على الحماية القانونية فأمر لا لزوم له، لأن مشكلة تعريف الحق هى فى الوصول إلى العناصر التي إذا توفرت معا، وفى وقت واحد، تؤدى إلى توافر جوهر الحق. فليس صحيحاً إذن أن الحق يسبق الحماية، فقبل توافر الحماية لا يتحقق وصف الحق أصلا.

لكل ذلك فإننا نستبقى من النظرية الموضوعية عنصر المصلحة - مادية كانت أو معنوية - والحماية القانونية، كعناصر لازمة لتعريف الحق، ولكنها على ما سنرى ليست عناصر كافية.

---

(١) راجع: دابان، السابق، ص ٧٢.

(٢) قارن وراجع: حسن كيرة، أصول القانون رقم ٢٧٣، جميل الشرقاوى، الموضع السابق.

المطلب الثالث

النظريـــــة المختلطـــــة

(الإرادة والمصلحة)

١٠- يذهب أنصـــار هذه النظرية إلى الجـــمع بين نظرية الإرادة ونظرية المصلحة، فيعرفون الحق بأنه إرادة ومصلحة. غير أن من أنصار هذا المذهب من قدم عنصر الإرادة، ومنهم من رجح عنصر المصلحة.

فالحق عند الفريق الأول، هو سلطة للإرادة ، يضفى عليها القانون اعترافه وحـمـايتـه، وأن هذه السلطة ترد على مـال أو مـصلحـة. و جـوهر الحق هو تلك السلطة، أو الإرادة، وليس المصلحة.

أما الفريق الثانى الذى يغلب عنصر المصلحة، فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون عن طريق الاعتراف بقدرة الإرادة على تمثيلها والدفاع عنها. فالمصلحة هى عنصر الحق الغالب؛ وقدرة الإرادة ما هى إلا وسيلة لازمة لحماية المصلحة والدفاع عنها(١).

وقد وجهت لهذه النظرية ذات الانتقادات التى وجهت إلى كل من نظريتى الإرادة والمصلحة.

---

(١) راجع: اينسكو، رسالته السابقة، رقم ٤٩، وراجع: جميل الشرقاوى، السابق رقم ٨١، توفيق فرج، المرجع السابق رقم ٢٦٧، حسن كيرة، أصول القانون، رقم ٢٣٨.

المبحث الثانى
انكار فكرة الحـــــق

المطلب الأول
نظرية ديجـــــى

١١- تزعم هذا الاتجاه ليـون ديجى[١] فى فرنسا، وقد بدأ هذا الفقيه نظريته باعطاء الحق تعريفاً محدداً، ثم تولى بعد ذلك هدم هذا التعريف.

فقد عرف ديجى الحق بأنه سلطة تخول للفرد مكنة فرض إرادته على المجتمع وعلى الأفراد الآخرين، والحق «لابد أن يكون على هذا النحو، أو لا يكون شيئاً على الاطلاق»[٢]. ووفقاً لهذا المفهوم لا يتصور الحق إلا إذا تصورنا أن هناك إرادة أسمي من إرادة، الأولى تفرض ذاتها، والثانية تخضع لها. ثم ينتقل ديجى بعد ذلك إلى الكشف عن تناقض هذا المفهوم مع نظريته عن القانون الوضعى، فقواعد هذا القانون لا تسمح بوجود حق للشخص أو التزام على عاتقه، وذلك أن تلك القواعد لا تسمح بخضوع إرادة الفرد لإرادة فرد آخر، أى بسمو إرادة على أخرى. وبالتالى فإن الحق الشخصى لا يتصور إلا لصالح إرادة أسمى من إرادة البشر[٢].

ولكى يقيم ديجى الدليل على صدق تحليله فإنه يقدم بعض الفروض التى لايتمتع فيها الشخص بحقوق رغم أن النظام القانونى يفتح أمامهم طريق

(١) ديجى، مطول القانون الدستورى، الطبعة الثانية، جـ ١، ص ١٢٧ ومابعدها.

(٢) ديجى، المرجع السابق، الموضع السابق: حيث يصف الحق بأنه فكرة غيبية تثير فى طبيعتها وأساسها مشاكل غير قابلة للحل.

الدعوى القضائية. فحين تقع جريمة جنائية، فإنه لا يمكن القول بوجود حق معين، لا قبل ارتكاب الجريمة ولا بعد وقوعها. فحين تقع الجريمة فإن أجهزة الدولة تتحرك بحثا عن الفاعل، لكى تقيم ضده دليل الادانة، ثم يحكم عليه، وأخيراً يطبق عليه العقاب[1]. وواضح أن لا مجال فى تقدير ديجى للحديث عن حق فى مثل هذا الفرض.

ولكن ما هى الفكرة البديلة لتصور العلاقات بين الأفراد ؟

هنا يقدم ديجى القانون الوضعى قائلا إن قواعد هذا القانون تضع الفرد فى مركز يرتبط فيه بالأفراد الآخرين فى اطار من الالتزام باتخاذ موقف ايجابى أو سلبى. فالقاعدة القانونية تقتضى من كل منا أن يؤدى مهمة معينة وتخوله سلطة اتخاذ الإجراءات أو القيام بالأعمال اللازمة للوفاء بتلك المهمة[2]. وحيث نطبق هذا التصور علي علاقة من العلاقات التى يطلق عليها الفقهاء علاقة «حق - التزام» فإننا نجد الصورة تختلف عند ديجى، حيث نجد فرداً يتحمل «واجباً» ويستفيد من هذا الواجب شخص أو أشخاص آخرون، ولكن دون أن تتضمن العلاقة أى خضوع لإرادة الطرف المحمل بالواجب لصالح إرادة المستفيد منه، فالأطراف يجمعهما المركز القانونى المستند إلى قانون، يتعرض الجميع فى ظله إما لتحمل الواجب وإما للاستفادة منه.

وينتقل ديجى إلى المراكز القانونية فيقسمها إلى نوعين: المراكز الموضوعية، والمراكز الشخصية.

---

(١) ديجى، المرجع السابق، ص ١٥٢.

(٢) ديجى، المرجع السابق، ص ١٢٤ ومابعدها.

أما المركز الموضوعى، فهو ذلك الذى ينبثق عن القاعدة القانونية سواء بطريق مباشر، أو بطريق غير مباشر أى عن طريق عمل إرادى يحدده.

ومن أمثلة المركز الموضوعى مركز المالك والناخب والطفل الشرعى والزوج.. ففى جميع هذه الحالات يتسم المركز القانونى بأنه عام ودائم شأن القاعدة القانونية ذاتها[١].

أما المركز الشخصى فهو الذى يعكس تحقيقاً للقاعدة القانونية فى حالة فردية، أى هو المظهر الشخصى للقاعدة الموضوعية. والمثل الواضح لهذا المركز هو ما ينشأ عن العقد. ولكن لا يجوز في مثل هذه الحالة أن نتحدث عن حق للشخص، لأننا لسنا بصدد سمو إرادة على إرادة أخري، ولكننا فى صدد مجرد واجب تفرضه القاعدة القانونية على الطرف السلبي، وهذا الأخير يندمج فى علاقات النظام الاجتماعى التي تفرض عليه، موضوعيا، أداء بعض التصرفات والامتناع عن البعض الآخر. وذات المنطق يسري بالنسبة للطرف الايجابى، فالفرد المستفيد إنما يتمتع بهذه الميزة نزولا على مقتضى ما فرضه النظام القانونى[٢].

نقد مذهب ديجى:

١٢- **وجهت إلى نظرية ديجى انتقادات متعددة:** ويتعلق النقد الأول بالمنهج الذى سلكه فى بناء فكرته. فقد حصر الحق فى تعريف غيبى يقتضى

---

(١) ديجى، المرجع السابق، ص ٢٤٧ ومابعدها.

(٢) ديجى، المرجع السابق، ص ١٢٣ ومابعدها و٢٤٥ ومابعدها.

سمو إرادة على أخرى، مقرراً أن الحق إما أن يكون على هذا النحو أو لا يكون اطلاقا؛ ثم أخذ ديجى فى هدم هذا التعريف وانتقاده، خاصة وأنه يتعارض مع مفهومه عن القانون. ومثار النقد فى كل هذا، أن تعريف الحق، الذى هاجمه ديجى، هو تعريف منتقد فى حد ذاته، إذ لا يوجد بين أنصار فكرة الحق من قال به. وبالتالى، يكون ديجى قد وجه سهام نقده إلى شئ غير معروف وغير قائم، وتؤدى هذه الملاحظة إلى انهيار كل ما وجهه من انتقادات[١]، فالعقد، وهو المصدر الرئيسى للحق، يفترض المساواة بين إرادات أطرافه[٢]، بل إن إرادة الطرف السلبى (المدين) هى التى تمنح الحق، غالبا، للطرف الايجابى[٣].

ومن ناحية ثانية، فإن مسألة الحق لا يجوز أن توضع فى صيغة تتعارض فيها مع القانون لكى يهدر فيها الحق لحساب القاعدة القانونية. فمن الناحية التاريخية، يمكن القول بأن الحق يفترض وجود أكثر من شخص، ولكنه لا يقتضى، بالضرورة، وجود مجتمع متطور[٤]. وإذا أخذنا الملكية، كمثال، فإنها تمثل علي حد قول البعض، رابطة مباشرة، «بغير شهود»، بين الإنسان والشئ. والقانون يتدخل إما لمنع الآخرين من ازعاج المالك، أو لوضع حدود

---

(١) راجع: مارتى ورينو، القانون المدنى (الطبعة الثانية) رقم ١٣٧، دابان، الحق (باريس ١٩٥٢) ص ٣٢، ٣٣، وراجع فى الموضوع أحمد سلامة، المرجع السابق، رقم ٢٦٩، حسن كيرة، المرجع السابق، ١٩٦٠، رقم ٢٣٣، ٢٣٤، جميل الشرقاوى، المرجع السابق، رقم٧٦، ٧٧.

(٢) اينسكو، فكرة الحق الشخصى فى القانون الخاص (باريس ١٩٣١) ص ٣٩.

(٣) مارتي ورينو، المرجع السابق، رقم ١٣٧.

(٤) دابان، المرجع السابق، ص ٤٥.

نشاط الإنسان فيما يسعى إليه من أغراض عن طريق الشئ. ولكن جوهر الملكية يبقى فى المكنات التى يتمتع بها المالك. ويترتب على كل التحليل السابق أن المجتمع لا يمثل الحقيقة الوحيدة، وأن الفرد لا يوجد لمجرد المشاركة فيه[١].

ومن ناحية أخيرة، فإن القول بسيطرة القانون على الحياة الاجتماعية لا ينفى وجود مراكز قانونية متعددة تعكس أنظمة متنوعة للحماية القانونية[٢] ويمكن، مع الاعتراف بفكرة الحق للشخص، أن نضع المسألة تحت أحد شعارين: **الأول**: هو أن الاقرار بشخصية الانسان أخلاقيا يقتضى الاعتراف للإنسان بأن يكون صاحب حق قانونا. **الثانى**: هو النظر للمسألة من زاوية اجتماعية فنقرر أن فكرة الواجب تتقدم فى الروابط القانونية، على معنى الحق فيها[٣]. ولكننا فى كلتا الحالتين لابد أن نعترف بأن الرابطة القانونية تخول الدائن قدرا من المكنات والسلطات، سواء تغلبت فيها فكرة الحق أو فكرة الواجب.

---

(١) مارتى ورينو، السابق، رقم ١٣٧.

(٢) ايزغان، مفهوم جديد للحق الشخصى، مجلة القانون العام ١٩٥٤، ص ٦٥٣، ٦٧٩ ومابعدها.

(٣) راجع دابان، المرجع السابق ص ١٠ ومابعدها.

المطلب الثانى

نظرية «كلسن» Kelsen

١٣- دعا «كلسن» إلى تبنى نظرية للقانون فى صورته الوضعية منكراً بصفة كلية نظرية القانون الطبيعى بحسبانها تضفى على القاعدة القانونية صفة غير واقعية (ميتافيزيقية)... وقد وصف فكرة القانون الطبيعى بأنها عبث Non sens يجافى النظرية المنطقية البحتة.

وتقوم هذه النظرية على استبعاد كل ما يرتبط بالاعتبارات السياسية والعقائدية والاجتماعية والفلسفية من نطاق دراسة وتحليل الظواهر القانونية، إذ يتعين أن تقوم هذه الدراسة على النظر فى البناء المنطقى للقواعد الوضعية، ومن هنا جاءت تسمية كلسن لنظريته بالقانون البحث Theorie Pure du Droit. وتؤدى هذه الدراسة إلى النظر إلى القانون على أساس أنه نظام قائم فى مكان معين وزمان محدد، تتدرج قواعده فيما بينها على شكل هرمى، بحيث تستمد القاعدة الأدنى قوتها من القاعدة الأعلى. وفى قمة الهرم توجد قاعدة أساسية أو ضابط أساسى، هو الذى يحدد السلطة والاختصاص الأعلى فى الجماعة السياسية. وهذا الضابط الأساسى نشأ عن واقعة تاريخية كميلاد الدولة أو قيام ثورة... الخ. ولا يجوز البحث، فى صدد هذا الضابط، أكثر من هذا الحد، وإلا دخلنا فى غيبيات ما وراء الطبيعة. وتلى هذه القاعدة الأساسية (الضابط) درجات متتالية من الضوابط Normes القانونية منها ما يتسم بطابع العمومية، ومنها ما هو فردى، ففى القمة يوجد الدستور، فقواعد التشريع والعرف، ثم اللوائح والقرارات والأحكام والعقود. ومن مجموع هذه الوحدات يتكون النظام القانونى المتدرج.

وقد ترتب على هذه النظرة نتائج أساسية أهمها انكار الحقوق الفردية، فما يسمى بالحق ليس شيئا مختلفا عن القانون الوضعى، بل أن الأول هو الثانى منظوراً إليه من زاوية فردية(١)، أو بتعبير آخر الحق هو تطبيق القاعدة القانونية على هذا الفرد أو ذاك. فكل قاعدة قانونية تقرر التزاماً قانونياً، ولكنها لا تقرر حقاً ذاتياً أو فردياً. ففكرة الواجب هى الأكثر وضوحاً، وما يسمى بالحق ليس إلا تمسكاً بأن ينفذ الطرف الآخر واجبه. وتوضيحا للمعنى السابق، يذكر كلسن أن كل قاعدة قانونية تضع شروطا محددة تربط بينها وبين ترتيب أثر قانونى معين، وعندما يكون لفرد مصلحة فإنه يعبر عن إرادته فى تحريك القاعدة القانونية بحيث يصبح النظام القانونى تحت إمرته ضد الملتزم. وبهذا المعنى لا يرى كلسن فى الحق سوى وسيلة فردية من خلق القانون لتنفيذ الالتزام، وبالتالى لا يقوم بينها وبين القانون أى تعارض(٢)، ويمكن ترجمة القول السابق على النحو التالي: إذا افترضنا أن زيدا يلتزم فى مواجهة عمر بالتزام معين، ثم رفض المدين تنفيذ التزامه فإن لعمرو أن يرفع دعوى أمام القضاء، فإن فعل تعين على القاضى أن يحكم على المدين بالجزاء المقرر فى القانون. وحدوث المخالفة من جانب زيد يمثل الظرف أو الشرط الذى اعتبرته القاعدة القانونية مناطا للتطبيق، أما قدرة الدائن على رفع الدعوى، فهى مكنة تعبر عن حريته فى الاختيار بين رفع الدعوى من عدمه، «فإذا» اختار رفع

---

(١) راجع: كلسن Les rapports de systéme entre la droit interne et le droit International public: Rec. accadémie dr. int. 1926, vol. 14, p. 244.

(٢) راجع: كلسن فى: Théorie pure de droit, Traduction thévenor ler édit. السابق p. 104.

الدعوى فإن اختياره يمثل تدخلاً من جانبه فى المجال الذى وضعه النظام القانونى كعنصر لتحريك القاعدة القانونية ووضعها موضع التطبيق. فالحق ليس سوى ممارسة هذا الاختيار بوصفه شرطاً اضافياً Condition Supplémentaire لكى تلعب القاعدة دورها فتفرض على المدين أداء واجبه.

نقد نظرية كلسن:

١٤- من أهم ما وجه إلى هذه النظرية مغالاتها فى التجريد والشكلية. فمن الصعب أن نفهم القانون إذا ما اقتصرنا على مجرد المظهر الشكلى، إذ يلزم فضلا عن ذلك، أن نصل إلى خلفية القاعدة القانونية المتمثلة فى الحقائق الاجتماعية، ففى هذه الخلفية الاجتماعية يتمثل الوجود الحقيقى للقاعدة القانونية. وفى هذا المعنى يقول الأستاذ سافاتييه Savatier أن خاصة القانون هى أن قواعده إنما توضع لمجتمع معين لكى تحكم مسيرته، **ولذلك لا يتصور أداؤه لهذه المهمة بفاعلية إذا ما تجاوز المعطيات الواقعية ونوعية البنية الاجتماعية وطبيعة البشر الذين يوضع لهم**[١]. فالقانون يجب أن يساير الحياة الاجتماعية فى نشأته وفى تطبيقه، ويتعين أن يتطور لملاءمة الحاجات المتجددة للعلاقات البشرية[٢]. لذلك وصف البعض نظرية «كلسن» بأنها بدعة غير واقعية، مجردة عن أية فائدة عملية[٣].

---

(١) راجع Savatier فى Les métamorphoses المجموعة الثانية رقم ١٠٥.

(٢) راجع: محاضرات للمؤلف على طلبة الدكتوراه تحت عنوان: نحو نظرة جديدة للدراسة القانونية المقارنة (١٩٧٤): العوامل المؤثرة فى القاعدة القانونية.

(٣) راجع M.Villey، دروس فى تاريخ فلسفة القانون (١٩٦٢) ص ٣٤٤.

أما فيما يتعلق بالحق فإن «كلسن» حين يعلن أن مفهومه الجديد لما يسمى بالحق يؤدى إلى انتفاء كل تعارض بينه وبين النظام القانونى، فإنه يسند إلي أنصار فكرة الحق معنى لم يقل به أحد. فالحق عند جل أنصاره، إنما يتقرر فى اطار النظام القانونى القائم، وفى الحدود التى يسمح بها هذا النظام.

ومن ناحية أخرى فإن ترجيح فكرة الواجب لا ينفى ما يتضمنه الحق من الاعتراف للشخص بالاختصاص بقيمة معينة، والانتفاع بها ثم ممارسة قدر - يضيق أو يتسع - من السلطات فى صددها.

لذلك كان حقاً ما يذهب إليه كثير من الفقه الحديث من استخدام تعبير المركز القانونى بدلا من تعبير الحق. فالأول أكثر شمولا فى التعبير عن التنوع فى مضامين الحقوق، من ناحية تغليب فكرة الحق أحيانا، أو فكرة الواجب، أو الوظيفة الاجتماعية، أحياناً أخرى.

وإذا أخذنا حق الملكية كمثال، لدحض مفهوم كلسن، فإننا نلاحظ أن هذا الحق يخول لصاحبه سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، وأن النظام القانوني يقرر على عاتق الكافة واجبا بعدم التعرض للمالك. ولا يمكن فى هذا المقام القول أن المالك حين يتمسك بحق إنما يتمسك بتنفيذ الآخرين لما ألقاه القانون على عاتقهم من واجب. ذلك أن الأكثر وضوحا فى المركز القانونى للمالك هو ما يخوله القانون من مكنات ايجابية، أما الواجب العام على عاتق الكافة، فهو إحدى وسائل تهيئة السبيل أمام المالك لممارسة سلطات الملكية.

المبحث الثالث

النظريات الحديثة

المطلب الأول

نظرية دابان Dabin

(التسلط الاستئثار)

١٥- حدد الأستاذ دابان عناصر الحق فى أربعة هى:

١- عنصر الاختصاص أو الاسناد (نسبة الحق لشخص معين) Arpartenance.

٢- عنصر التسلط Maitrise.

٣- ثبوت الحق فى مواجهة الغير.

٤- الحماية القانونية[1].

وعلى ضوء هذه العناصر يحدد دابان تعريف الحق بأنه مكنة يسندها القانون لشخص معين، ويضفى عليها حمايته، بحيث يكون لصاحب الحق أن يتصرف بمقتضاها فى ما يملكه (الحق العينى) أو فى ما هو مستحق له (الحق الشخصى). وفى الحالة الأولى، يعد الاختصاص بالقيمة مباشراً، حيث ينصب على الشئ مباشرة (الحق العينى)، وفى الحالة الثانية، يكون الاختصاص غير مباشر (الحق الشخصى) على ما هو مستحق له.

وفيما يلى تفصيل لعناصر الحق عند دابان.

---

(١) راجع، دابان، المرجع السابق، ص ٨٠ وما بعدها.

(١) عنصر الاختصاص أو الاسناد:

١٦- ويعتبر هذا العنصر جوهرياً فى تعريف الحق، ومفاده أن يستأثر شخص بمال معين، بمعنى أن يختص الشخص بالمال دون غيره من الأفراد ، وقد يمارس الاختصاص مباشرة حيث يتمثل فى علاقة مباشرة بين صاحب الحق والقيمة التى يرد عليها، كما هو الحال فى حق الملكية وسائر الحقوق العينية. وقد يمارس الاختصاص بطريقة غير مباشرة، حين يقتضى تدخلاً من المدين، حيث يجب عليه، فى الحق الشخصى، أن يفى بما عليه اختيارا، فإن تقاعس المدين عن الوفاء الاختيارى تدخل ممثل السلطة لفرض حكم القانون.

ويلاحظ دابان أنه لا ارتباط بين الاختصاص بالقيمة وبين الانتفاع بها عملا فى كافة الحالات.

صحيح أن من يحصل على المنفعة هو صاحب الحق فى أغلب الحالات، ولكن هذا المعنى لا يصدق بصفة مطلقة، ففى بعض الحالات يتحقق الانتفاع لغير صاحب الحق، فالمغتصب وواضع اليد على ملك غيره ينتفع بالمال دون أن يكون صاحب الاختصاص به، **فالحق الذاتى ليس مجرد المصلحة بل هو الاختصاص قانوناً بالمصلحة.**

- **ومن ناحية ثانية** فإن الحق لا يترتبط بالإرادة، لذلك يثبت الاختصاص بالأموال لفاقدى التمييز والغائبين، كما يثبت للشخص المعنوى والشخص الطبيعى على حد سواء.

- **ومن ناحية ثالثة** فإن محل الاختصاص، وهو القيمة التى يرد عليها، تتنوع إلى حد كبير، فهو يشمل الأشياء المادية كالعقارات والمنقولات

بأنواعـهـا المختلفـة، وقـد يرد على الكيـان المادى أو المعنوى للإنسـان كـسـلامـة الجـسم والشـرف والمصنفـات الذهنيـة، كـمـا قـد يرد الاخـتـصـاص على عـمـل مـعين يلتزم بأدائه شخص آخر هو المدين.

- وأخيراً فإن أسباب الاختصاص قد تعود إلى أسباب طبيعية (الحق فى الحياة)، كما قد تعود إلى أسباب صناعية (كالحقوق الناشئة عن الاتفاقات).

(٢) عنصر التسلط:

١٧- ويقـصـد بهذا العنصر مـا يكون لصـاحب الحـق من سلطة على الشئ تتـمـثل أسـاسـا فى القـدرة على التـصـرف. وتعـد هذه القـدرة من مـقـتـضـيـات الاختصـاص، فحيث يسند القانون لشخص معين الاختصاص بقيمة معينة فإنه يخوله سلطة التصرف فيها. ويتعين أن نفرق بين عنصر التسلط بالمعنى السابق وبين مباشرة الحق.. فالتسلط يثبت - بحكم التعريف - لصاحب الحق، فى حين أن مباشرة الحق قد تكون لغيره. فالوصى أو الولى يباشر الحق نيابة عن ناقص الأهلية ولحسابه.. ومع ذلك يبقى التسلط لصاحب الحق ذاته، فالتسلط يتوافر ولو وجد مانع يحول دون مباشرته بسبب نقص التمييز أو انعدامه.

ويتراوح التسلط بين الضيق والاتسـاع حسب الحقوق، فحق الملكية يخول لصـاحبـه مكنات الاسـتـعـمـال والاسـتـغـلال والتـصـرف على نطاق واسع، وحق الدائنيـة يخـول الدائن قـدرة التـصـرف فى مـحل الحق دون أن يؤدى ذلك إلى المسـاس بشـخص المدين أو حريتـه، أمـا الحق فى الحـيـاة فـيـقـتـصـر على مـجرد الانتفاع بالحياة والمحافظة عليها دون القدرة على التصرف فيها.

لذلك فإن القدرة على التصرف تتقيد عموما بما يرد عليها من قيود قانونية أو اتفاقية[١].

(٣) احترام الغير للحق[٢]:

١٨- ومفاد هذا العنصر التزام الغير باحترام الحق. والغير هم كافة الأشخاص فى المجتمع، إذ يلتزم الكافة بالامتناع عن كل ما من شأنه تعكير صفو استئثار صاحب الحق به وتسلطه عليه. ويلاحظ أن هذا العنصر يتوافر في كافة الحقوق الشخصية والعينية، غير أن الحقوق الشخصية تتميز، فضلا عن ذلك، بوجود التزام محدد على عاتق شخص معين، هو المدين بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل، وبالتالى يقع واجب احترام الغير للحق على عاتق المدين بصفة محددة ثم على عاتق الكافة فى المرتبة الثانية.

(٤) الحماية القانونية:

١٩- وهو العنصر الأخير من عناصر الحق، ومفاده أن يضمن النظام القانونى والدولة الحقوق التى تم الاعتراف بها للأفراد ، فالحق الكامل هو الحق الذى يحميه المجتمع عن طريق وسائل منظمة قانونا ، وبالتالى فمجرد فرض احترام الغير للحق لا يكفى فى حد ذاته[٣].

وأهم وسائل الحماية القانونية هى الدعوى القضائية، ومع ذلك فإن دابان

---

(١) راجع: دابان، ص ٨٧ ومابعدها.

(٢) دابان: السابق، ص ٩٣ ومابعدها.

(٣) دابان: المرجع السابق، ص ٩٨ ومابعدها.

لايذهب إلى حد الخلط بين الحق والدعوى[١]. فالدعوى ما هى إلا مجرد وسيلة من وسائل الحماية القانونية. . فهى تتبع الحق وتتمثل فى حق جديد هو الحق فى الدعوى، الذى يستقل عن الحق الذاتى الذى تحميه[٢]. وتبدو معالم الاستقلال، بالذات، فى أن التنازل عن الخصومة القضائية لا يؤدى بذاته إلى التنازل عن الحق الذى يظل قائما واجب الاحترام[٣].

كما أن الحق فى الدعوى قد يتوافر لشخص لا يكون مزوداً بحق بالمعنى الدقيق، فدعاوى الحيازة تحمى الحيازة فى ذاتها، رغم أن رافع الدعوى قد لا يكون له حق بالمعنى الفنى، بل هو يستفيد من حماية يضفيها القانون على واقعة مادية، وفق شروط معينة، تحقيقا للأمن الاجتماعى[٤].

نقد نظرية دابان:

٢٠- يمكن أن نوجه لنظرية الأستاذ دابان مجموعة من الانتقادات التى تحول دون الأخذ بها فى كل مفاهيمها. قد نجد فيها تعبيراً عن بعض الحقيقة، ولكن بنا ءها يفتقر إلي الاتساق المنطقى فى مواضع عدة. وفيما يلى عرض لبعض أوجه النقد:

١- **بالنسبة للعنصر الأول**، وهو عنصر الاختصاص أو الاستئثار أو الاسناد، يلاحظ أن دابان يعبر به عن مضمون التملك Avoir وتعبير الاختصاص

---

(١) حيث ذهب البعض إلى القول بأن الدعوى هى الحق ذاته ولكن فى حالة حركة.

(٢) دابان، ص ١٠١.

(٣) دابان، الموضع السابق.

(٤) دابان، ص ١٠٢، ١٠٣.

لا يعدو، بالتالى، وفى تقديرنا، أن يكون صياغة أكثر بريقا، فالتملك يتطابق مع الاختصاص. صحيح أن الحائز أو المغتصب لا يتوافر له هذا الوصف، ولكن هذا الأمر لا خلاف عليه، من قبل ومن بعد نظرية الأستاذ دابان.

ومما يؤكد هذا النقد، أن عنصر الاستئثار بالمعنى الذى قال به دابان، لا يصدق على الحريات التى اعتبرها دابان من قبيل الحقوق، كما لا يصدق على بعض الحقوق، مثل حق الانتفاع بالمرافق العامة، فهذه الأخيرة بعيدة عن أن يستأثر بها فرد معين[١].

ومن ناحية أخرى، فإن الصلة بين العناصر الأربعة، المكونة للحق عند دابان ليست علاقة استقلال، بل هى علاقة تداخل، بحيث يبدو لنا أنه كان فى الامكان الاعتماد على عنصر أساسى منها هو العنصر الأول (الاستئثار). فهذا الأخير مرادف للحق «يعنى كل معناه»، وأن بحثنا عن معنى الحق هو بحث عن معنى استئثار شخص بقيمة أو مال دون سائر الأشخاص[٢]. **أما العناصر الأخرى فهى مترتبة على العنصر الأول**. وبالرجوع إلى أقوال دابان نجد أنه يفصح ضمنا عن هذا المعنى، فيقرر أن العنصر الأول يؤدى إلى تسلط صاحب الحق[٣] فى القيمة محل الحق، ثم ان الاستئثار والتسلط يؤديان إلى وجوب احترام الكافة للحق، وأخيراً فإن النظام القانونى يضع تحت تصرف صاحب الحق وسائل للحماية تمثل حقا جديدا يلحق بالحق الذى تقررت حمايته ويسند إلى ذات الشخص.

(١) راجع: توفيق فرج، المرجع السابق، رقم ٢٧٥، ص ٤٦١، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، رقم ١٨١، ص٢٦٧.

(٢) راجع: جميل الشرقاوى، السابق، رقم ٨٣.

(٣) راجع: دابان، السابق، ص ١٠٣، ١٠٤.

ومفاد القول السابق، أن دابان نفسه يقرر أن العنصر الأول هو جوهر الحق، وأن العناصر التالية إنما تترتب عليه. غير أن دابان لم يضع المسألة فى اطار قدر كاف من الوضوح، فهو تارة يذكر أن العنصرين الأول والثانى هما جوهر الحق، وانهما وجهان لعملة واحدة، ثم يعود فيفاضل بينهما بالقول بأن الاستئثار (العنصر الأول) هوه أساس العنصر الثانى (التسلط) وأنه يحدده[1].

٢- أن موقع الإرادة غير واضح فى تعريف دابان، فالمؤلف يرى أن التسلط، أو حرية التصرف، لا يقتضى اطلاقا امكانية ممارسة الحق فعلا؛ إذ يكفى أن يوجد من يستطيع هذه الممارسة غير صاحب الحق[2]. فالطفل غير المميز وناقص الأهلية محظور عليهما ممارسة التسلط، ومع ذلك فإن هذا الوضع لا ينتقص من اسناد الحق إليهم، لأن قدرة التصرف تعود إليهم بمجرد زوال حالة المنع. والتسلط يبقى، فى مثل هذا الفرض، فى صورة الامكانية المعنوية للتصرف رغم تخلف الامكانية الفعلية. وواضح أن مثل التحليل السابق لا يستقيم مع المنطق ولا يضع الأمور في اطار صياغة مفهومة. فالتسلط يقتضى وجود الإرادة الواعية والمميزة بدرجة متقدمة، ذلك أن دابان يذكر أن ما يميز التسلط هو - كما سبق القول - حرية التصرف (وليس الممارسة الفعلية)، وأن هذه الأخيرة تتضمن مجموعة من الامكانيات سواء على مستوى التصرف أو الاختيار بين الفعل الايجابى ومجرد الامتناع[3]. فكيف يمكن التسليم بهذه

---

(١) راجع: دابان، السابق، ص ٨٠، ٨٧، ٨٨، ٩٤.

(٢) دابان: ص ١٠٤.

(٣) دابان - ص ٨٩ - ٩١.

القدرات بالنسبة لعديم التمييز؟![1].

المطلب الثانى

نظرية الاستاذ «روبييه» Roubier

٢١- يبدأ الأستاذ «روبييه» نظريته بالتفرقة بين القاعدة القانونية و«المركز القانونى» فالقاعدة القانونية عامة ومجردة، أما المركز القانونى فهو فردى[2].

وللمركز القانونى ثلاث خصائص مميزة: هى الشرعية Legitimité، احترام الغير Opposabilité، الجزاء Sanction وفيما يلى عرض موجز لمعنى الخصائص الثلاث.

١- الشرعية:

ومعناها تطابق المركز القانونى مع القواعد القانونية التى تنظم المجتمع. وهذه الشرعية تقدر إما وفقاً لسند اتفاقى أو قانونى أو قضائى[3].

٢- احترام الغير:

فالمركز القانونى حجة على الغير، وهذا الغير هو الكافة فى بعض

---

(١) راجع: مزيد من النقد: أحمد سلامة، السابق، رقم ٧٨؛ جلال العدوى وتوفيق فرج، السابق ص ٨٩ ومابعدها، جميل الشرقاوى، السابق، رقم ٨٣.

(٢) راجع: Roubier فى مؤلفه عن الحقوق الفردية المراكز القانونية الفردية والمراكز القانونية، باريس ١٩٦٣، ص ١ ومابعدها.

(٣) روبيه، السابق، ص ٢٢٣ ومابعدها.

الحالات، أو هو شخص معين بالذات فى حالات أخرى[١].

٣- الجزاء:

يتلقى المركز القانونى حماية قانونية من جانب سلطات الدولة وهو يستمد وصف «القانون» من هذا الجزاء المقرر له[٢].

ثم يصل روبيه إلى تقسيم المراكز القانونية إلى مراكز شخصية Situations Juridiques subjectives ومراكز موضوعية Situations Juridiques objectives

أولا - المراكز القانونية الشخصية: وتنشأ قانونا عن طريق إرادى، أو عن طريق القانون.

وتخول تلك المراكز القانونية مكنات تتضمن أساسا قدرة التنازل عنها[٣].

وفى هذا النطاق فقط يمكن القول بوجود الحق الذاتى بالمعنى الصحيح الذى يتميز، فى تقدير الأستاذ روبيه، بخصائص ثلاثة:

(أ) أنه يتضمن ميزة أو مكنة يتمسك بها المستفيد (صاحب الحق).

(ب) أن المكنات القانونية التى يخولها الحق تكون مالا حقيقيا، يوضع تحت تصرف صاحب الحق، بما يعكس تملكا حقيقيا يسمح بنقل الحق إلى الغير.

---

(١) روبيه، السابق، ص ٢٤٧ ومابعدها.

(٢) روبيه، السابق، ص ٢٧٥ ومابعدها.

(٣) روبيه، السابق، ص ٧٢، ٧٣.

(جـ) أن مكنات الحق والتى تقتضى قدرة التصرف على النحو السابق تتضمن أيضا القدرة على التنازل عنه.

وفى كل حالة يتوافر الحق على النحو السابق فإن الدعوى القضائية تتقرر، حتما، لحمايته(١).

ويرى المؤلف أن الحق، بالمعنى السابق، يتوافر، فى حالات محددة، فى اطار القانون الخاص وفى اطار القانون العام.

ففى اطار القانون الخاص يدخل فى مفهوم الحقوق: الحق الشخصى (حق الدائنية) الحق العينى، حقوق الملكية الصناعية، الحقوق التى ترد على التركة، وتدخل تلك الحقوق ضمن ما يسمى الحقوق المالية. أما فى نطاق الحقوق الأدبية فيوجد أساساً حق المؤلف(٢).

أما فى اطار القانون العام فنجد مكنات محدودة تستحق وصف الحق وهى مكنات مالية ذات طابع خاص، كحق الوحدات الإدارية على أموال الدومين الخاص والحقوق التى تترتب للأفراد نتيجة بعض الأنظمة مثل نظام منح الامتياز ونظام اصدار القرض العام؛ وأخيراً بعض حقوق الدائنية الخاصة مثل حق الموظف فى مرتبه عند حلول أجله(٣).

ثانيا: المراكز القانونية الشخصية: وهى لا تتقرر للوفاء

---

(١) روبيبه، السابق، ص ١٣٠.

(٢) روبيبه، السابق، ص ١٣٦ ومابعدها، ص ٣٣٩ ومابعدها.

(٣) روبيبه، ص ٢٠، ٤٠، ١١٣.

باحتياجات فردية، بل لاشباع أغراض تتعلق بالصالح العام، وبالتالى فهذه المراكز لا تترجم مزايا تسند إلى الأفراد، بل تقرر واجبات تلقى على عاتقهم. وفى هذا النوع من المراكز يتدخل القانون لتوجيه العلاقات بمقتضى قواعد ذات صفة آمرة فى أغلب الأحوال[١].

ثم يقسم الأستاذ روبييه المراكز الموضوعية بدورها إلى قسمين:

القسم الأول: ويشمل ما يسميه المؤلف **بمراكز رد الفعل:**
Situations reàctionelles

وهى المراكز التى تمثل مجرد رد فعل النظام القانونى فى مواجهة واقعة معينة أو تصرف معين. وفى هذا المقام، فإن الآثار التى يرتبها النظام القانونى لا تعكس بأية حال رغبة من ارتكب الفعل أو أتى التصرف. وتتميز هذه المراكز بعدم أسبقية أى حق على الدعوى القضائية. ومن أمثلتها حالة الاثراء بلا سبب ودعوى بطلان أو فسخ تصرف قانونى. وهنا تتحقق المقابلة بين هذا المركز الموضوعى وبين المركز الشخصى، فهذا المركز القانونى الأخير له وجود سابق على الدعوى القضائية؛ فى حين أنه فى المركز الموضوعى (مركز رد الفعل) تتقرر الدعوى كمجرد رد فعل لواقعة أو تصرف.

وفى القسم الثانى: نجد ما يسمى **بالمراكز التنظيمية** Situations institutionnelles، وهى مراكز لها وجود سابق على الدعوى القضائية S.Preétablie وترتب نتائج وآثار قانونية يستقل النظام القانونى بتحديدها بصفة أساسية،

---

(١) روبيه، ص ٧٢، ٧٣.

ويغلب فيها مفهوم الواجب على مفهوم الحق. وهذه المراكز يتدخل الفرد فى انشائها، عن طريق تصرف أو واقعة معينة، ولكن دوره يقف عند هذا الحد، لأن القانون هو الذى يتولى تحديد مضمون المركز القانونى بدقة، ويرتب فى اطاره حقوق والتزامات أطرافه. ومن الأمثلة على هذه المراكز: الزواج وعلاقة البنوة والسلطة الأبوية[١].

وإلى جانب التحديدات العامة للمراكز القانونية يضيف الأستاذ روبيه تحديداً لبعض المكنات الفردية الأخرى، وتتمثل أساساً فى نوعين:

النوع الأول: مكنات تمارس فى مواجهة الدولة، وهى ما تسمى بالحريات العامة؛ وهى ليست أقل شأناً من الحقوق الناشئة عن المراكز الشخصية، بل هى، على العكس، تمثل نطاقاً خطيراً وهاماً، كما أنها مكنات لا يرد عليها التصرف، ولا تقبل التنازل عنها، كما أن استعمالها لا يخضع للتقدير القضائى من زاوية التعسف[٢].

النوع الثانى: هو ما يسميه روبييه بالمكنات الاجتماعية، وتتمثل أساساً فى الحقوق اللصيقة بالشخصية وحرية التعاقد[٣].

تعقيب:

٢٢- نلاحظ ابتداء، أن نظرية الأستاذ روبييه، السابق عرضها، قد حققت

---

(١) روبييه، ص ٧٣، ٧٥، ٨٧، ١٣٠ ومابعدها.

(٢) روبييه، ص٣٧٧ ومابعدها، وص ٣٨٢ ومابعدها.

(٣) راجع: روبييه، ص ١٤٧، ١٦٤، ٣٢٨، ٣٦٥، ٣٨٣.

قدرا كبيرا من البناء المنطقى فى نظرية الحقوق الذاتية. فقد تعرض الفقيه للتنوع الكبير فى المراكز القانونية وحدد لكل مجموعة، من هذه المراكز، مواصفات تنم عن بصيرة نافذة وشاملة لكل جوانب المشكلة.

ومن ناحية ثانية، فإن نظرية «روبييه» قد ساهمت، بشكل أساسى، فى تحديد معالم المراكز القانونية الموضوعية، ومن خلالها يبين لنا كيف أن فكرة الواجب تتغلب فيها على فكرة الميزة، مما يجعل من المتعذر الحديث فى صددها عن حق ذاتى، ويتعين بالتالى أن ننظر إليها كمراكز تتشابك فيها المكنات والواجبات بطريقة تقتضى أن نتمسك بتعبير المركز القانونى المتكامل.

ولاشك أن النظريات المتعددة التى سبق عرضها فى صدد تعريف الحق تثبت أن مشكلة الحق تمثل مجالا خصبا لإعمال الفكر الفلسفى والقانونى على حد سواء. وأن كلا من هذه النظريات يقدم جانبا من الحقيقة فحسب.

لذلك ومع ترجيحنا لنظرية الأستاذ روبييه فإننا نستعين ببعض المفاهيم التى استخدمتها النظريات الأخرى خاصة نظرية الأستاذ دابان فى تحديد معالم الحق، **ونعتقد أن المكنة التى تستحق وصف الحق يجب أن يتوافر لها:**

١- **أن الحق يعبر عن سلطة يعترف بها القانون**، ونريد هنا أن نركز على الخاصة التى يسميها الأستاذ «روبييه» بالشرعية Legitimité أى التطابق مع قواعد النظام القانونى، وقد تستند هذه الشرعية إلى نص قانونى، وقد تستند إلى حكم قضائى أو إلى الاتفاق. ويترتب على هذه الشرعية اعتبار الحق حجة على الكافة الذين يقع على عاتقهم واجب احترامه.

وهذه السلطة القانونية قد تكون مكنة تسلط وقد تكون مكنة اقتضاء. فهى على النحو الأول حيث يكون محل الحق شيئاً، فتنصب سلطة صاحب الحق على هذا الشئ مباشرة. وهى على النحو الثانى (اقتضاء) حيث يتمثل الحق فى رابطة بين شخصين، تعطى لأحدهما (الدائن) قدرة أن يقتضى من الآخر (المدين) أداء عمل أو الامتناع عن عمل[(١)،(٢)].

٢- **أن الحق يفترض مصلحة ذاتية** يسعى صاحب الحق إلى تحقيقها وتمثل هذه المصلحة مالا حقيقيا، يخول للشخص قدرة التصرف فيه والتنازل عنه. فإذا أسند القانون للشخص مكنة لتحقيق مصلحة عامة، اجتماعية أو سياسية، فإن وصف الحق لا يتوافر بالمعنى الدقيق. ويجدر بنا فى مثل هذا الفرض الأخير أن نستخدم تعبير المركز القانونى، علي النحو الذى أشار إليه الأستاذ «روبييه».

ويمثل الحق على هذا النحو وجودا قانونيا محددا فى جانب صاحبه قبل قيام النزاع بينه وبين غيره، أى قبل وصول الأمر إلى القضاء، فحيث لا يتوافر الوجود القانونى المحدد، الذى يسمح بامكانية التصرف والتنازل، فإننا لا نكون أيضا بصدد حق. وتتضح هذه الفكرة بالرجوع إلي ما أسماه الأستاذ روبييه بمراكز رد الفعل. ففي فروض متعددة لا يوجود كيان قانونى قائم، بمعنى كيان يمكن التصرف فيه والتنازل عنه قبل حدوث النزاع أو وقوع الاعتداء، ولكن

---

(١) راجع: حسن كيرة، المرجع السابق، رقم ٢٣٩.

(٢) راجع: فى مواقف الفقهاء المصريين حيث يتجه كثير منهم إلى الأخذ بنظرية الأستاذ دابان مع بعض التعديلات، أحمد سلامة، رقم ٧٨؛ اسماعيل غانم ص ١١، توفيق فرج رقم ٢٧٦ ومابعدها، ص ٤٦٣ ومابعدها، شمس الدين الوكيل، محاضرات فى النظرية العامة للحق (١٩٥٣) ص ١٧؛ قارن: جميل الشرقاوى، المرجع السابق، رقم ٨٤، ٨٥.

عندما يحدث نزاع، أو يقع اعتداد على مصلحة ما، فإن النظام القانونى يرتب رد فعل معين يستفيد منه المضرور.

ومع ذلك، ورغم تسليمنا بأن تعريف الحق يجب أن يقتصر علي الحدود السابقة من الناحية الفنية، فإن جانباً آخر يتعين أن نشير إليه، وهو جانب الصياغة المتعارف عليها. فقد جرى فريق من الفقهاء على اطلاق وصف الحق علي كل قدرة يمنحها القانون ويحميها تحقيقا لمصلحة يقرها[1]، وحتى بالنسبة للفقه الذى أعطى للحق الذاتى تعريفاً محدداً لم يمانع فى اطلاق وصف الحقوق على المكنات الأخرى، فالأستاذ روبييه نفسه يستخدم لفظ الحقوق بالنسبة للمكنات الاجتماعية والمكنات التى تمارس فى مواجهة الدولة، رغم أنه قصر تعبير الحق بالمعنى الدقيق على نطاق المراكز الشخصية، كما سبق القول.

والحقيقة أن هذا الازدواج فى استخدام لفظ الحقوق تمليه اعتبارات عملية، فهو يؤدى إلى استخدام التعبير كأداة طيعة فى مجالات متعددة تعطى تنوعا كبيراً فى مضامين المراكز القانونية.

---

(١) جميل الشرقاوى، السابق.

المبحث الرابع

الحق والدعوى القضائية

٢٣- يرتبط تعريف الحق إلى حد كبير، بتحديد العلاقة بينه وبين الدعوى القضائية، وقد ثارت فى هذا الصدد مناقشات ارتبطت بالمذاهب المختلفة سواء من ذهب إلى التوسع فى تعريف الحق، أو من ذهب إلى التضييق من نطاقه. ونستطيع أن نحدد اتجاهات أساسية ثلاثة فى هذا الصدد: أولها ينادى بالربط بين الحق والدعوى ربطاً كاملا، ويتجه الثانى إلى الفصل بين المكنتين. ويذهب الثالث إلى التقريب بين وجهتى النظر السابقتين.

المطلب الأول

الربط بين الحق والدعوى

(النظرية الشخصية)

٢٤- ذهب رأى فى الفقه التقليدى إلى حد القول بأن الحق والدعوى معنيان لا ينفصلان، وأن كلمة الدعوى مرادفة لكلمة الحق، وبالتالى، فمن العبث البحث عن تفرقة بينهما. والدليل على صحة هذا القول، عند أنصاره، أن الحق بغير دعوى تحميه يبقى مكنة ناقصة. ولا يجد أنصار هذا الاتجاه من فارق بين المكنتين سوى الفرق بين حالة السكون Statique وحالة الحركة Dynamique. فالحق هو تعبير عن مكنة الحق وهو فى حالة الهدوء، بعيدا عن المنازعة أو الاعتداء؛ أما الدعوى فهى ذات الحق فى «حالة الحرب» أو هى الحق مدججا بالسلاح»[1].

(١) راجع فى هذا الصدد: Cuche الوجيز فى الإجراءات المدنية، الطبعة التاسعة رقم ١٢٧؛=

وقد واجهت النظرية السابقة عدة انتقادات أهمها ما كشف عنه فقه المرافعات الحديث من تفرقة بين كل من الحق والدعوى، من حيث نشأة كل منهما، ومن حيث شروط الممارسة، ثم من حيث المحل[1].

لذلك خفف أنصار الربط بين المكنتين من مضمون العلاقة بينهما بالقول بأن الحق لا يختلط بالدعوى، ولكن الأول شرط لممارسة الثانية، فلكى تمارس الدعوى لابد أن تكون مزوداً بحق غير معلق على شرط وغير مضاف إلى أجل. وواضح من هذا التعديل أن التركيز انصب أساساً على الحق دون الدعوى، باعتبار الدعوى لازمة أساسية من لوازم الحق تنقضى بانقضائه وتصطبغ بخصائصه.

ولكن ماذا عن الحالات التى يقر القانون للأفراد دعاوى دون الاستناد إلى حقوق سابقة؟ هنا لا يسلم أنصار النظرية الشخصية بوجود مثل هذا الفرض. فهناك حق طالما كان المدعى يطالب بأداء له فيه مصلحة. فقائمة الحقوق الشخصية لا تقع تحت حصر. وقد كان هذا التحليل متسقاً تماماً مع رأى ذلك الجانب من الفقه الذى نادى باعطاء الحق الفردى تعريفا واسعا. فقد ذهب البعض - كما سبق أن رأينا - إلى حد القول بوجود حقوق فردية فى الشرعية

= و Vizioz، دراسات فى الإجراءات (١٩٥٦) ص٢٠ Garson et Cezar Bru مطول الإجراءات المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، الجزء الأول ص ٣٥ ورمابعدها؛ رسالة دكتوراه للمؤلف (أ.د/ حمدى عبد الرحمن) عن الدعاوى الوقائية (باريس ١٩٦٨) مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٧٣ ص ١٨ ومابعدها؛ ورسالة دكتوراه: محمد عبد الخالق عمر (باريس ١٩٦٥) عن عدم القبول فى قانون المرافعات ص ١٠٣ ومابعدها.

(١) راجع: Solus et Perrot، القانون القضائى الخاص، الطبعة الأولى، رقم ٩٩ ومابعدها.

فى نطاق القانون العام (بونار Bonnard) . كما أن القانون حيث يفتح باب الدعوى القضائية فإن ذلك يعد بمثابة الاعتراف بالحق. (فبما أن الدعوى تقررت، وحيث لا دعوى بغير حق، تعين الاعتراف بأن للمستفيد من الدعوى حقاً محدداً) .

وواضح من هذا التحليل الأخير، أن هذا الفقه قد بدأ بمقولة أن وجود الحق شرط لقبول الدعوى أمام القضاء، ثم انتهى إلى القول بأنه حيث توجد الدعوى يوجد الحق. وبالتالى يكون منطق النظرية قد دار فى حلقة مغلقة[١] .

المطلب الثانى
استقلال الحق عن الدعوى
(النظرية الموضوعية)

٢٥- وهو اتجاه واضح عند بعض فقهاء القانون العام. وأكثر الآراء وضوحاً فى القول بهذا استقلال هو رأى الأستاذ ديجى. فقد أنكر هذا الفقيه وجود الحقوق أصلا، وعندما تعرض للدعوى القضائية فإنه عرفها، اتساقا مع نظريته العامة عن القانون، بأنها القدرة على الالتجاء إلى القضاء لاعطاء حل لمشكلة قانونية ولاتخاذ قرار يتفق مع ذلك الحل. وهذه القدرة تتقرر لكل ذى مصلحة. ففى كل حالة تتوافر تلك المصلحة بطريقة محققة لابد من قبول الدعوى[٢] .

(١) راجع: الدعاوى والوقائية الرسالة السابق الاشارة إليها للدكتور حمدى عبد الرحمن والمراجع المشار إليها، وراجع عبد الحى حجازى، المدخل لدراسة العلوم القانونية «الحق» سنة ١٩٧٠ رقم ١١٦ ومابعدها و motulsky فى دراسات وتعليقات عن الاجراءات المدنية (داللوز ١٩٧٣) ص ٨٧ ومابعدها .

(٢) ديجى، مطول القانون الدستورى جزء ١ ص ٤٢ ومابعدها وجزء ٢ ص ٣٢٢.

ومن ناحية ثانية فإن قدرة الفرد على تحريك طريقة من الطرق القانونية لا يكون فى حد ذاته حقاً، فمن يرفع الدعوى أمام القاضى، شأنه شأن كل من يستخدم أى سبيل آخر من السبل القانونية، يتصرف وفقا للقانون بما يلزم الموظف (القاضى) باتخاذ كل ما يلزم للوصول إلى النتيجة النهائية للقاعدة القانونية. ولا تعبر كل هذه المسيرة عن تحقيق حق فردى، بل تعبر عن تنفيذ حكم القانون من جانب الموظف المختص[1].

المطلب الثالث

التقريب بين النظرية الموضوعية

والنظرية الشخصية

٢٦- ويذهب هذا الاتجاه ابتداء إلى القول باستقلال الحق عن الدعوى. فالدعوى ما هى إلا إحدى وسائل حماية الحق الفردى، أهمها بغير شك، ولكن ذلك لا يبرر الخلط بينهما بحيث يقال أنهما شئ واحد.

كما أن القانون قد يخول للفرد دعوى للدفاع عن مركز قانونى لا يستجمع خصائص الحق بالمعنى الدقيق، ويكون الهدف فى هذه الحالة هو الدفاع عن الشرعية وسيادة القانون، كما هو الحال فى دعاوى الطعن لتجاوز السلطة في القانون العام، والدعوى الجنائية[2]... كما أن هناك حالات استثنائية قد يتوافر فيها الحق، ومع ذلك يمنع القانون الفرد من رفع الدعوى القضائية.

---

(١) ديجى، المرجع السابق جزء ١ ص ٤٠٤.

(٢) راجع: Vizioz، المرجع السابق، ص ١٣٢، سوليس وبيرو، المرجع السابق ص ١٠٥، موتلسكى، المرجع السابق ص ٨٩.

وفى اطار هذا الاتجاه الحديث نجد نظرية الأستاذ روبييه، عن الحقوق والمراكز القانونية، تضع حدودا للعلاقة بين الحق والدعوى القضائية. فحيث يوجد مركز قانونى شخصى (حق ذاتى) فإن العلاقة بين هذا الحق والدعوى القضائية تبدو أكثر وضوحا[1]. فبالنسبة لحق الدائنية مثلا فإن الدعوى تعد قوة الحق الضارية، بحيث يمكن أن يقال أن **الدعوى هى الحق «فى حالة الحرب»**[2].

أما حيث نكون بصدد مركز قانونى موضوعى، أى حيث تتغلب فكرة الواجب على فكرة الحق، فإننا لا نجد حقاً ذاتياً، بالمعنى الدقيق، يسبق الدعوى القضائية. ففى فروض دعاوى الحالة، ودعاوى المسئولية التقصيرية ودعاوى البطلان مثلا، تكون الأولوية للدعوى القضائية حيث لا يسبقها وجود محدد لحق ذاتى[3].

وينبنى على كل ما سبق أن دور الدعوى وعلاقتها بالحق ليس بذات المستوى فى كل من المركزين القانونيين الشخصى والموضوعى.

ونخلص مما سبق إلى أن الدعوى القضائية هى أهم وسائل حماية الحق الذاتى، فحيث نعترف للفرد بمثل هذا الحق فلابد أن يقتضى هذا الاعتراف منحه مكنة الدفاع عن حقه، ضد المنازعة، وضد العدران، أمام الجهات القضائية المختلفة.

---

(١) راجع: روبييه، المرجع السابق ص ٥٥ وص ٢٨٩.

(٢) راجع: موتلسكى، السابق ص ٨٩.

(٣) روبييه السابق، رقم ٣٥، ٣٧.

ولكن النظام القانونى يقرر للأفراد دعاوى فى حالات لا تتوافر فيها حقوق بالمعنى الدقيق، وقد أشرنا إلى تطبيقات متعددة لهذا الفرض، سواء فى اطار القانون العام، أو فى اطار القانون الخاص.

لذلك يذهب فقه قانون المرافعات الحديث إلى تعريف الدعوي بأنها مكنة شرعية، بمقتضاها يسمح للأشخاص القانونية (العامة والخاصة) بالالتجاء إلى القضاء لاحترام القواعد القانونية، سواء بمناسبة اعتداء على حق أو بمناسبة الاخلال بمركز قانونى.

والدعوى القضائية، بهذا المعنى الأخير تعد ذات طبيعة واحدة، لا تختلف باختلاف الحق أو المركز القانونى الذى نحميه، غاية الأمر أنها قد تتأثر ببعض خصائص ذلك الحق أو المركز، يقال مثلا أن الدعوى شخصية حيث تحمى حقاً شخصياً أو أنها دعوى عينية حيث تحمى حقاً عينياً L'action ne recoit une qualification que par reflet. كما أن مدى سيطرة الأشخاص على سير الخصومة وامكان تركها أثناء مسيرتها يتوقف، إلى حد كبير، على استنادها إلى حق فردى خالص، أو إلى مركز قانونى تسوده فكرة الصالح العام[1].

---

(١) راجع بصفة عامة: سوليس وبيرو، السابق رقم ١١١ ومابعدها، وراجع: حمدى عبد الرحمن، رسالته السابق الإشارة إليها عن الدعاوى الوقائية.

الفصل الثانى

انواع الحقـــــوق

٢٧- يقسم الفقه الحقوق إلى نوعين أساسيين، النوع الأول يتضمن ما يسمى الحقوق العامة، ويغطى النوع الثانى ما يطلق عليه الحقوق الخاصة· ثم تندرج الحقوق الخاصة بدورها تحت بندين، حقوق غير مالية وحقوق مالية·

وتستند المقابلة بين الحقوق العامة والحقوق الخاصة إلى المقابلة بين حقوق تستهدف غايات تسودها فكرة الصالح العام، وتنظمها قواعد القانون العام، وحقوق تستهدف غايات فردية،.وتنظمها قواعد القانون الخاص· ومع ذلك فإن أساس المقابلة، على هذا النحو، ليس مسلما به عند كل الفقهاء[1]. فمن الشراح من يبدأ التقسيم بالمقابلة بين الحقوق السياسية والحقوق المدنية، **فالأولى** هى الحقوق التى تقررت للفرد بوصفه مواطنا فى دولة وتخول له حق المساهمة فى حكمها، **أما الثانية** (الحقوق المدنية) فهى تلك التى تثبت خارج نطاق الصفة السياسية، فهى تكون «منطقة نشاط تتقرر لكل فرد، ليستطيع العيش فى الجماعة على وجه يكفل خيره وتقدمه»[2]. ونبدأ من هذا التقسيم الأخير باعتباره أكثر وضوحا وتحديدا من سابقه·

---

(١) راجع: عبد الحى حجازى، المرجع السابق، رقم ١٩٦·

(٢) راجع: محمود جمال الدين زكى، دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ١٩٦٤ رقم ١٦٣، جميل الشرقاوى، المرجع السابق، رقم ٨٩·

عرض لتصنيف الحقوق

أولا - الحقوق السياسية:

وهى الحقوق التى تثبت للفرد بوصفه مواطناً فى الدولة، أى أنها تعبر عن نتائج رابطة الانتماء السياسى بين الفرد ودولته. ومن قبيل هذه الحقوق، حق تولى الوظائف العامة، حق الترشيح للانتخابات العامة، حق الانتخاب.

ويلاحظ على هذه الحقوق:

- أنها تقتصر أصلا على المواطنين، ولكنها قد تمنح استثناء لغيرهم كحق تولى الوظائف العامة.

- أن بعضها الآخر يحمل طابع الواجب بحيث يتعين على الفرد أن يمارسها، وإلا تعرض للجزاء، كحق الانتخاب. ويرجع السبب فى هذه الخاصة الثانية إلى أن هذه الحقوق تتقرر لتحقيق مصلحة الجماعة، فهى أقرب إلى المركز القانونى الوظيفى منها إلى الميزة الفردية.

ثانيا: الحقوق المدنية:

وهى كما أشرنا الحقوق التى تثبت للفرد خارج النطاق السياسى. وهى تتقرر للفرد وفاء بمقتضيات معيشته بين غيره من أبناء المجتمع. والغاية المباشرة لهذا النوع من الحقوق هو اشباع حاجات فردية. وبهذا المعنى الأخير تثبت الحقوق المدنية لجميع الأفراد، بغض النظر عن جنسيتهم، حيث يتمتع بها الوطنى والأجنبى على حد سواء.

وتنقسم الحقوق المدنية بدورها إلى نوعين: الحقوق العامة، والحقوق الخاصة.

والحقوق العامة هى ما يثبت للفرد بوصفه إنساناً. فالفرد يتمتع بها لمجرد كونه كذلك، دون حاجة إلى توافر سبب اضافى. وبتعبير آخر هى حقوق دائمة وليست طارئة فى حياة الفرد. ويعتبر القانون هو المصدر المباشر لهذه الحقوق. ومن قبيل هذه الحقوق: حقوق الفرد فى سلامة كيانه المادى (جسده) وكيانه المعنوى (كالشرف، والاعتبار، والخصوصية، والفكر، والعقيدة، والعمل والانتقال، والاسم والصورة والانتاج الذهنى) وهى ما تسمى حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية.

أما الحقوق الخاصة، فهى حقوق طارئة، يكتسبها الفرد إذا توافر السبب الذى يجعله القانون مناطا للتمتع بها؛ وتشمل حقوق الأسرة التي تحدد قوانين الأحوال الشخصية سبب اكتسابها، والحقوق المالية التى يتحدد سبب اكتسابها بمقتضى قواعد القانون المدنى والقوانين المكملة له.

ويلاحظ أخيراً أن من الحقوق المدنية ما يجمع بين الجانب المالى والجانب المعنوى، كما هى الحال فى حق المؤلف.

وسنعرض فى المباحث التالية، وبالتفصيل، لثلاث مجموعات من الحقوق المدنية هى: حقوق الشخصية، والحقوق المالية، وحق المؤلف.

المبحث الأول

حقوق الشخصية

(الحقوق اللصيقة بالشخصية)

٢٨- الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعى، لذلك كانت حمايته فى كيانه المادى (الجسد) وفى كيانه المعنوى من أساسيات النظام القانونى، ذلك أن تلك الحماية إنما ترد على قيم وعناصر لازمة لوجود الإنسان واستمرار تقدمه فى المجتمع.

وتتميز هذه الحقوق بأن مفاد الاختصاص فيها لا يتضمن سلطة الاقتضاء الايجابى فى مواجهة شخص معين بل يقتضى أساساً فرض واجب الامتناع عن ايذاء جسم الإنسان، أو عن المساس بشرفه وكيانه المعنوى؛ لذلك يتخذ الجزاء عادة صورة رد الفعل الذى يرتبه القانون للاخلال بمقتضى الحماية القانونية.

وتتقرر الحماية القانونية فى كل من القانون الجنائى والقانون المدنى:

فالقانون الجنائى يحرم القتل والضرب المفضى إلى الموت والضرب المفضى إلى العاهة المستديمة، وحتى مجرد الضرب البسيط الذى يلحق الضرر والألم بالمجنى عليه، كما يحرم بعض الأفعال الماسة بالكيان المعنوى كالقذف والسب وافشاء الأسرار.... الخ[١].

---

(١) يلاحظ أن الدستور الحالى قد أكد مبدأ حرمة الكيان المادى والمعنوى للإنسان في الباب الثالث فى شأن الحريات والحقوق والواجبات العامة. ومن أهم النصوص التي وردت في هذا الشأن المادة ٤٢ التى تحظر اساءة معاملة المسجونين المعتقلين بدنيا أو معنويا، م ٤٣ التى تحظر اجراء التجارب الطبية أو العلمية على الإنسان بغير رضائه؛ م ٥٧ التى تجعل من الاعتداء على الحرية الشخصية أو الحياة الخاصة وغيرها من الحقوق والحريات العامة جريمة لا تسقط الدعوى الناشئة عنها بالتقادم وتقدم الدولة لمن وقع عليه الاعتداء تعويضا عادلا.

أما القانون المدنى، فإنه يرتب للمضرور حقا فى التعويض عما يصيبه من أضرار مادية ومعنوية.

ويعبر عن سياج الحماية القانونية الذى يفرضه القانون حول الإنسان بمبدأ حرمة أو معصومية[١] الكيان المادى والمعنوى للإنسان».

ونعرض فيما يلى لكل من شقى المعصومية المذكورة.

المطلب الأول

حرمة الكيان المادى للإنسان (معصومية الجسد)

droit à L'integrité physique

٢٩- كان الكيان الجسدى للإنسان ومازال محلا للحماية القانونية المتشددة سواء فى نطاق القانون الدستورى، أو فى نطاق قواعد القانون الجنائى، فقد حرصت قواعد هذين القانونين على اضفاء حماية على الجسد تحول دون المساس به، وتنظم العقاب رداً على كل اعتداء يخل بمقتضاها.

أما فى اطار **القانون المدنى** فإن المسألة لم تلق تنظيماً تفصيلياً إلا فى الوقت الحاضر. غير أن الاهتمام الحديث، من جانب هذا القانون بهذه المسألة، ليس مظهراً من مظاهر اهتمام كان مفقوداً فى الماضى، وليس نقلا للإنسان من على هامش القانون المدنى إلى صلب قواعده[٢]. ذلك أن القانون المدنى هو

---

(١) استخدم هذا التعبير الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى، المرجع السابق رقم ١٩٦ ومابعدها.

(٢) راجع رسالة فى الموضوع: أحمد شرف الدين، قانون زرع الأعضاء، باريس سنة ١٩٧٥. وراجع على حسين نجيده، التزامات الطبيب، ١٩٩٢، دار النهضة العربية، ولنفس المؤلف: التلقيح الصناعى وتغيير الجنس، ١٩٩٠/١٩٩١، دار النهضة العربية، وراجع: سامى الشوا، الخطأ الطبى أمام القضاء الجنائى، ١٩٩٣، دار النهضة العربية، عادل حسن على=

أصلا قانون المعاملات المالية، والإنسان بحكم ما يحيط بكيانه الذاتى من قدسية، كان دائما بمنأى عن الدخول فى هذه الدائرة المالية. وبتعبير آخر فإن عدم اهتمام القانون المدني بالإنسان في الماضى لم يكن سوى ترجمة للاطلاق في حماية كيانه، وتعبيراً عن معصومية لا يجوز أن تمس. أما فى الوقت الحالى فقد انتهى التطور الحديث، للعلوم وللمفاهيم الاجتماعية، إلى تجويز المساس بكيان الإنسان، وإلى التساؤل حول حدود هذا المساس وضماناته؛ ومن هنا بدأ الإنسان يتعامل (من خلال كيانه الجسدى) مع القانون المدنى، ومن هنا أيضاً كان اهتمام القانون المدنى حالياً بالإنسان خروجاً على معنى «الاطلاق فى تقدير المعصومية».

ورغم هذه التطورات فإن جسد الإنسان مازال قائما فى اطار مبدأ الحرمة إلى مدي بعيد، ولم تؤد التطورات الاجتماعية والعلمية والطبية المعاصرة إلا إلى تقرير بعض الاستثناءات على المبدأ المذكور، لأسباب قد تقتضيها المصلحة العامة أو مصلحة الفرد ذاته[١].

= السيد، التصرف القانونى فى الأعضاء البشرية - ١٩٩٣ بدون ناشر، محمد سعد خليفة، الحق فى سلامة الحياة وسلامة الجسد، دار النهضة العربية ١٩٩٥/١٩٩٦، رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشرى، الاستنساخ وتداعياته، ١٩٩٨، دار النهضة العربية، محمد السعيد رشدى، عقد العلاج الطبى، ١٩٨٦، مكتبة سيد وهبه، صفوت حسن لطفى، أسباب تجريم نقل وزراعة الأعضاء، ١٩٩٢، دون ناشر، محمد محمد أبوزيد، التشريعات الحديثة فى شأن نقل الأعشاء البشرية، ١٩٩٦، بدون ناشر.

(١) راجع: أحمد سلامة، المرجع السابق رقم ١٠١، ١٠٢، اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢١ ومابعدها، توفيق فرج، المرجع السابق، رقم ٢٨٥ ومابعدها، ص ٤٧١ ومابعدها، حسن كيره، المرجع السابق، رقم ٢٤١ ص ٥٨١ ومابعدها.

الفرع الأول
التخفيف من المبدأ بناء على الاتفاق
مع صاحب الشأن

٣٠- يقتضى مبدأ المعصومية عدم جواز التعامل فى جسم الإنسان، وكل اتفاق يخالف هذا الحظر يعد باطلا بطلانا مطلقا. فحق الإنسان على جسمه لايعكس سلطاناً للشخص على هذا الجسم، بقدر ما يعكس تصميم النظام القانونى على حمايته ضد اعتداء الآخرين. لذلك كانت قدرة الإنسان على التصرف فى جسده، ومازالت، وفقا للقوانين الحالية؛ مقيدة إلى أبعد مدى. وتطبيقا لهذا المبدأ لا يجوز للشخص أن يتصرف فى كامل جسده[١]، كما لايجوز الاتفاق مع الغير على مثل هذا العمل، فاتفاق المريض على التخلص من الحياة نظرا لاستحالة الشفاء (القتل بدافع الشفقة) لا يؤثر على قيام جريمة القتل فى حق الطبيب[٢].

أما بالنسبة للتصرف فى جزء من الجسد فإنه يخضع بدوره لذات مبدأ الحرمة السابق، بمعنى أنه باطل أصلا. وينطبق القول السابق، بغير جدال، على حالة التصرف فى جزء حيوى، يلزم لبقاء الإنسان على قيد الحياة، أو لاستمرار قيام الجسد بوظائفه الحيوية على المدى الطويل، فالتصرف فى القلب أو التصرف

---

(١) تعاقب بعض التشريعات على الشروع فى الانتحار مثل القانون الايطالى والقانون الأسبانى والقانون النرويجى، أما الانتحار ذاته فلا يعاقب عليه لسبب بسيط وهو أن الدعوى الجنائية تنقضى بالوفاة، فالقانون لا يحاكم الجثث: راجع: عبد الحى حجازى، السابق رقم ٢٠٤، الذى يضيف أن سقوط الحق فى مبلغ التأمين فى حالة انتحار المؤمن عليه من قبيل الجزاء، ولكن يلاحظ أن الجزاء هنا لم يلحق المنتحر بل لحق المؤمن له.

(٢) راجع: G.Lambert، محاضرات فى القانون المدنى (١٩٧٢) ص ١٣٣.

فى الكبد، يعد، وفقا للمفهوم السابق، تصرفا فى الحياة ذاتها، وبالتالى يحظر مطلقا، ولا عبرة برضاء صاحب الشأن.

أما التصرف فى جزء من الجسد بما لا يعرض الحياة للخطر، فقد خضع لتطور هام فى اتجاه التخفيف من مبدأ الحظر المطلق، فقد أصبح من الممكن المساس بجزء من الجسد تحقيقاً لضرورة مشروعة، وهنا ثار السؤال حول مدى توافر الضرورة المشروعة فى عمليات نقل الأعضاء من شخص إلى آخر؟ والسؤال يدور فى هذا المقام حول مشروعية العمل ذاته بافتراض موافقة من أعطى ومن أخذ.

الرأى الأول:

٣١- ويذهب إلى أنه لا يجوز نقل الأعضاء بين الأحياء[١]: ويستند هذا الرأى إلى تصور معين لحق الإنسان على جسده. فللإنسان على جسده مجرد حق انتفاع، أما ملكية الرقبة فتثبت لله سبحانه وتعالى، وبالتالى فليس للإنسان أن يتصرف فى جزء مما لا يملك، وعليه أن يعيد الجسد لله بالحالة التى تلقاه بها. **هذا من الناحية الدينية.**

أما من **الناحية الوضعية**، فإن حق الإنسان على جسده من الحقوق اللصيقة بالشخصية، ومن خواص هذه الحقوق عدم القابلية للتصرف فهى تخرج عن دائرة المعاملات المالية.

يضاف إلى الاعتبارات السابقة اعتبارات أخرى، تتعلق بملاءمة عملية نقل الأعضاء من زوايا متعددة.

---

(١) راجع لمزيد من التفصيلات: حمدى عبد الرحمن، معصومية الجسد، بحث فى مشكلات المسئولية الطبية، ١٩٨٧.

فعملية نقل الأعضاء تتم لمصلحة أحد الطرفين، هو الطرف الآخذ، وهي تؤدى، في هذا الفرض، إلى أن يوجد في المجتمع شخصان مريضان بدلا من شخص واحد، فلا شك أن انتزاع عضو من الجسد يؤدى إلى وهن قوى المعطى وحاجته إلي العناية الصحية باستمرار[١]. كما أن عملية النقل قد تؤدى إلى متاعب نفسية لدى المعطى. إذ يتصور أن يعيش فى حالة قلق دائم، فمن أصبح يعيش بكلية واحدة أو بعين واحدة (بعد أن تبرع بالأخرى) لا يمكن أن يعيش هادئ البال بالنسبة لمستقبل صحته[٢]،[٣].

ويلاحظ أخيراً أن نتيجة نقل الأعضاء تصيب المعطى بضرر محدد - المساس بجسده - فى حين أن فائدتها بالنسبة للآخذ مازالت، فى حالات كثيرة، فى طور الاحتمالات التى لم يتم القطع بنتيجتها علمياً بعد.

---

(١) راجع Dierkens فى الحقوق على جسد وجثة الإنسان (باريس ١٩٦٦) ص ٦٥، ٦٦.

(٢) راجع Dierkens الموضع السابق.

(٣) يلاحظ مثلا أنه بالنسبة لنقل إحدى الكليتين فإن الخالق سبحانه وتعالى قد هيأ الكليتين للعمل وفق نظام دقيق بحيث يعمل جزء من كل كلية لترتاح الأجزاء الأخرى، وفى حالة استئصال إحدى الكليتين تزداد دورات العمل فى الكلية المتبقية ويتضخم حجمها نتيجة لزيادة العمل، وفى حدود علم البشر، حتى الآن، ليس لهذا الوضع أخطار محددة بالنسبة للمعطى. راجع الرأى المنسوب للأستاذ الدكتور عبد المنعم الشرقاوى المنشور بجريدة الأهرام عدد يناير ١٩٧٦ والذى يذهب فيه إلى أن التنازل بمقابل عن جزء من جسم الإنسان يعتبر نوعاً من التجارة التى تهدر آدمية الإنسان، والرأى المنسوب للأستاذ الدكتور مصطفي الخشاب فى أن بيع جزء من الجسد يعد نكسة حضارية؛ والرأى المنسوب للأستاذ الدكتور أحمد عكاشة - فى ذات الجريدة - عن أن التنازل عن جزء من الجسد بمقابل، ولشخص لا تربطه بالمعطى صلة قرابة مباشرة، يدل على نوع من اليأس وتجرد عن العزة والكرامة؛ والرأى المنسوب للدكتور زكريا الباز من أن التصرف المشار إليه نوع من الرقيق وسلوك شائن: وراجع Dierkens السابق، ص ٦٤.

أما الرأى الثانى[1]**:**

٣٢- فيتجه إلى إجازة التصرف فى جزء من جسد الإنسان فى حدود معينة.

ويقوم هذا الرأى على أسس مختلفة:

الأساس الأول: ومفاده أن جسم الإنسان يصلح أن يكون محلا للتعامل فقد أجاز القانون الاتفاق فى شأن حقوق عديدة لصيقة بالشخصية، كالاتفاق على حضانة الطفل وتعليمه، فى القانون الفرنسى. ولذلك يتعين، فى صدد التعامل على جسد الإنسان، أن ننظر إلى الهدف الذى تتوخاه عملية نقل عضو من شخص لآخر. فإذا كان الهدف هو تحقيق مصلحة علاجية للغير تتجاوز إلى حد كبير الضرر الذى يلحق بالمتبرع نتيجة لاستئصال جزء من جسده فإن الاتفاق يصح.

- ونعتقد أن هذا الأساس يقوم على مفهوم نظرى خاطئ، فالقياس على مسائل الحضانة والتعليم هو قياس مع الفارق، لأن الحقوق اللصيقة بالشخصية ليست جميعا على مستوى واحد من حيث امكانية التصرف فيها، فجسد الإنسان ليس يقينا كحضانة طفل أو تعليمه.

أما مسألة تقدير الهدف أو الباعث فمرفوضة بدورها، فالتصور الذى وضعت في اطاره لا يمكن التسليم به، فقد نقبل - فرضا - أن يتبرع شخص بأحد أعضائه، إذا لم يترتب على الاستئصال أية أضرار، أما أن توضع المسألة فى اطار الموازنة بين ما يلحق المعطى من ضرر وبين ما يلحق الآخذ من منفعة، فهو منطق مرفوض ابتداء.

---

(١) راجع فى الموضوع: حمدى عبد الرحمن، البحث السابق الاشارة إليه.

الأساس الثاني: هو أن المسألة تقوم على الموازنة بين المخاطر التى يتعرض لها المعطى والآمال التى يتعلق بها الآخذ فى اطار حالة الضرورة، فلابد أن يكون الخطر الذى يتعرض له المريض (الآخذ) محدقا، بحيث يكون نقل العضو هو الطريق الوحيد لانقاذه من الهلاك. ويتعين بداءة ألا يؤدى الاستئصال إلى تهديد صحة المعطى بخطر جسيم. ويحاول أنصار هذا الاتجاه وضع المسألة فى نطاق نظرية الضرورة للوصول إلي نتيجتين قانونيتين بالنسبة للطبيب، إحداهما على المستوى الجنائى، والأخرى على المستوى المدنى. ففى حالة رضاء المعطى تؤدى حالة الضرورة إلى امتناع المسئولية الجنائية[1].

ونلاحظ هنا أن رضاء المعطى ليس عنصرا فى حالة الضرورة، ولكن الرضاء هو الذى يمكن الطبيب من استخدام حالة الضرورة. والطبيب حين يفعل ذلك إنما يأتيه فى حدود الشروط القانونية لحالة الضرورة وعلى مسئوليته. فلا تتحقق حالة الضرورة مثلا حتى فى حالة موافقة المجنى عليه - إذا استأصل الطبيب إحدى كليتى شخص سليم ليمنحها لشخص آخر، كان سليماً، يعيش بكلية واحدة، ففى هذا الفرض يعد الطبيب مرتكباً لجريمة الجرح المفضى إلى العاهة المستديمة، أو الجرح المفضى إلى الموت (فى حالة الوفاة)[2].

أما من **الناحية المدنية**، فإن الاتفاق بين أطراف العلاقة القانونية هو الذى يحدد ما إذا كان الاستئصال بمقابل أو على سبيل التبرع. أما فى حالة رفض الشخص أن يستأصل جزء من جسده، فلا يتصور عملا أن يتم ذلك رغم إرادته،

---

(١) راجع: الرأى المشار إليه فى المتن يعتبر حالة الضرورة هنا من موانع المسئولية.

(٢) وفى هذا الفرض لا يجدى أن يتزرع الطبيب برضاء المجنى عليه.

فمن حق الشخص أن يدافع عن نفسه وأن يستخدم كافة الوسائل المناسبة لرد الاعتداء بما قد يصل إلى حد قتل المعتدى، ولا يتصور هنا أن نطبق حالة الضرورة بأية حالة من الأحوال؛ فلا يجوز أن نقيس حالة الطبيب الذى ينتزع إحدى كليتى شخص لانقاذ شخص آخر من الموت على حالة رجل الاطفاء الذى يهدم حائطاً لانقاذ أشخاص تحاصرهم النيران!؟ وإلا وصلنا إلى وضع تنتزع فيه أعضاء الناس عنوة.

الأساس الثالث: وقد ذهب إليه فريق آخر من الفقه، ويقيد شرعية نقل الأعضاء بالمصلحة الاجتماعية التى تترتب على عملية النقل، فلا يجوز أن يؤدى استئصال الأعضاء إلى تهديد الوظيفة الاجتماعية للجسد، ويتحقق هذا التهديد فى كل حالة يترتب على الاستئصال نقص فى المنفعة الاجتماعية للجسم لا يقابله فائدة اجتماعية تزيد عن النقص بالنسبة لشخص آخر. ومعنى هذا الاتجاه أن المسألة تقاس من زاوية المنفعة التى تعود على المجتمع من عملية نقل الأعضاء بين الأشخاص. وينبغى فى جميع الأحوال أن يتم النقل برضاء أطرافه.

- والحقيقة أن هذا الرأى يشوبه قدر من الغموض، ففكرة المصلحة الاجتماعية غير قابلة، فى مسائل نقل الأعضاء، للقياس المنضبط، ثم أن الأمر - وهذا هو الأهم - لا يخلو من الضرر على المستوى الفردى بالنسبة لمن يعطى، فكيف يمكن أن تتمخض العملية عن زيادة النفع الاجتماعى لطرفيهما عما كان لهما من هذا النفع قبلها »!.

نص المادة ٢ من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن التنازل عن العيون:

٣٣- نصت المادة الثانية من القانون المذكور على أن بنك العيون (الذى أنشأه القانون) يتلقى رصيده من مصدرين:

١- عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها.

٢- عيون الأشخاص التى يتقرر استئصالهـــــا.

ولاشك فى أن القانون قد أباح التصرف فى العين فى الحالة الثانية أى حالة العيون التى تقرر استئصالها وإذا كانت تحتفظ ببعض الأجزاء السليمة التى يمكن استخدامها لأشخاص آخرين. كما هو الحال فى حالة الترقيع.

أما بالنسبة للحالة الأولى فيثور بصددها تساؤل هام لمعرفة هل أجاز القانون للشخص سليم العينين أن يتبرع بإحداهما حال الحياة أم لا؟

يذهب رأى إلى الأخذ بألفاظ النص لاجازة ذلك[1]. فالفقرة «أ» من المادة الثانية، سالفة الذكر، تقرر «عيون الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها». والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وبالتالى يجوز انتزاع العيون بعد الوفاة، إذا كان المتوفى قد سبق وأوصى بذلك. أما الهبة فهى تصرف حال الحياة، وقد أجازها النص بالاضافة إلى اجازة الوصية بالعيون فقد أضاف النص «أو يتبرعون بها».

غير أننا نعتقد أن هناك خطأ فى صياغة النص. فمن الواضح من ركاكة النص أو واضعيه تعوزهم دقة اللفظ وتحديد المعنى. غير أن هذه الحجة لاتكفى

(١) راجع فى الموضوع: حمدى عبد الرحمن، البحث السابق.

فى ذاتها، لذلك نضيف أن اجازة التبرع لبنك العيون بعين سليمة يعد أمراً مخالفاً للنظام العام، لأن العين ليست ذلك الجزء من الجسد الذى يسهل اجازة التبرع به على هذا النحو من البساطة، لكى يحتفظ به البنك لاستخدامه عند الحاجة. ويرجح هذا المعنى أن اللائحة التنفيذية للقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ تفرض على الطبيب، الذى يجرى الاستئصال، أن يحدد سبب الاستئصال، والتبرع بعين سليمة ليس فى ذاته السبب القانونى المقصود، بل الغالب أن المقصود هو السبب الطبى. يدعم هذا المعنى أن فقد عين يؤدى إلى عجز جسيم ودائم[١]. كما أننا نميل أخيراً إلى القول بأن لفظ التبرع الذى جاء بالنص (أو يتبرعون بها) لا يقصد به المعنى الفنى للهبة، بل يمكن حمله على أنه تأكيد لانتفاء المقابل، وهو تفسير مقبول إذا أخذنا فى الاعتبار رداءة الصياغة، خاصة وأن التبرع ليس تصرفا، بل هو وصف يلحق بالتصرفات القانونية.

واستنادا إلى ما سبق ننتهى إلى أن المشرع لا يحيز التصرف فى العيون إلا فى حالة العين التى يجب استئصالها، أما بالنسبة للعين السليمة فيجوز الوصية بها لاستئصالها بعد الوفاة فحسب.

ولذلك فلا يجوز أن نتخذ من نص المادة ٢ من قانون ١٠٣ منطلقا للقياس لاباحة نقل الأعضاء فيما بين الأحياء[٢]، بل يظل هذا العمل، من حيث المبدأ، محظوراً وداخلا فى نطاق المسئولية الجنائية والمدنية.

---

(١) راجع: أحمد سلامة، السابق رقم ١٠٢، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

(٢) قد يقال إن المادة ٢ من قانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ تقرر سببا للاباحة وأن أسباب الاباحة ليست من قبيل الاستثناءات وبالتالى يجوز التوسع فى تفسيرها والقياس عليها ونعتقد على عكس ذلك أن الأصل فى مسائل معصومية الجسد هو حظر المساس به وأن المادة ٢ من القانون رقم ١٠٣ قد جاءت على سبيل الاستثناء الذى لا يجوز التوسع فيه. فالمادة المشار إليها ليست رجوعا إلى أصل الاباحة ولكنها خروج على أصل الحظر.

تعقيب:

٣٤- ننتهى من كل ما سبق عرضه إلى عدم جواز التصرف فى جزء من جسد الإنسان بالاتفاق مع صاحب الشأن، وأن هذا الحظر يحمى الإنسان من أى مساس بجسده يؤدى إلى إحداث عاهة أو فقد عضو حيوى من أعضائه. كما أن موافقة المعطى لا تكفى فى ذاتها لرفع المسئولية الجنائية عن الطبيب، غاية الأمر أن موافقة المعطى قد تهئ للطبيب سبيل التمسك بحالة الضرورة بشروطها القانونية، وعلى مسئولية الطبيب الشخصية.

ونعتقد أن الأمر يقتضى تدخلا تشريعيا ينظم الموضوع فى حدود معينة يكون قوامها أن يباح النقل لأسباب جوهرية تتحدد طبيا، وأن يكون بين الأقارب حتى درجة معينة، وأن يكون النقل بدون مقابل، وأن يتم ذلك بالرضاء الواعى والمدرك للمتنازل عن أحد أجزاء جسمه، وأخيراً ألا يؤدى النقل إلى اصابة المتنازل بخطر حال أو محتمل.

وقد تدخل المشرع - جنائياً - لضبط أحد جوانب مشكلة نقل الأعضاء حيث نصت المادة ٢٤٠ عقوبات على عقاب كل من أحدث بغيره جرحا أو ضرباً نشأ عنه قطع أو انفصال عضو أو فقد منفعته أو نشأ عنه كف البصر أو فقد إحدى العينين أو نشأ عنه عاهة مستديمة يستحيل برؤها يعاقب بالسجن من ثلاث إلى خمس سنوات. أما إذا كان الضرب صادراً عن سبق اصرار أو ترصد أو تربص فيحكم بالأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى عشرة سنين. وتكون العقوبة الأشغال الشاقة لمدة لا تقل عن خمسة سنين إذا وقع الفعل المنصوص عليه فيما سبق من طبيب بقصد نقل عضو أو جزء منه من إنسان حى إلى آخر وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة إذا نشأ عن الفعل وفاة المجنى عليه. ويشترط لتوقيع العقوبات السابقة أن يقع الفعل خلسة.

- أما بالنسبة للمساس بالجسد على نحو لا ينتقص من أجزائه أو سلامته الصحية فيمكن اجازته، مادام لا يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة. وبالتطبيق لذلك أصبح من «فضول القول»(١) تجويز تصرف الإنسان فى الأجزاء التى تنفصل عن جسده، كالأسنان المخلوعة، أو الشعر المقصوص أو الأطراف المبتورة. فسبق انفصال هذه الأجزاء يخرج المشكلة من دائرة مبدأ المعصومية.

كما أن الرأى قد انتهى إلى اجازة عقد الرضاعة، بشرط عدم الاضرار بمصلحة ابن المرضع. كما يجوز بيع الدم بشرط ألا تؤدى الكمية المتصرف فيها إلى الاضرار بصحة المتصرف(٢)؛ كما تجوز اتفاقات الرياضة العنيفة كالملاكمة والألعاب البهلوانية التى تحمل خطرا محدقا باللاعبين(٣).

وأخيرا يمكن اتفاقا مع المنطق السابق، اباحة التعقيم المؤقت بناء على طلب صاحب الشأن.

الاتفاق على اجراء التجارب الطبية:

٣٥- نصت المادة ٤٣ من دستور جمهورية مصر العربية على أنه لايجوز إجراء أى تجارب طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه الحر. وقد ورد هذا النص فى الباب الثالث الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة. ومما لا شك فيه أن الهدف من النص هو تأكيد حماية جسد الإنسان فى مواجهة صورة معينة من صور المساس به، وهى صورة التجارب الطبية والعلمية. غير أن صياغة

---

(١) عبد الحى حجازى، المرجع السابق، رقم ١٠٥.

(٢) راجع: أحمد سلامة، المرجع السابق، رقم ١٠٢، اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٢، ٢٣، توفيق فرج، الموضع السابق، مازو دى جوجلار، دروس فى القانون المدنى سنة ١٩٦٧ رقم ٦٤٤ ص ٦٥٧، وراجع القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ فى شأن تنظيم جمع الدم وتوزيعه.

(٣) مازوودى جولاجار، الموضع السابق، ج لامبرت، المرجع السابق ص ١٣٣، وراجع سهير منتصر، المسئولية المدنية عن التجارب الطبية، ١٩٩٠، دار النهضة العربية.

النص على النحو المذكور سلفا قد يوحى بعكس المعنى المقصود به. ذلك الأصل العام المقرر، بغير حاجة إلى نص الدستور، هو كما سبق القول أكثر من مرة، حظر المساس بجسد الإنسان، حتى ولو كان هذا المساس بناء على موافقة صريحة من الضحية. فإذا وضعنا هذا المبدأ فى الاعتبار فإن نص المادة ٤٣ من الدستور يحقق حماية أقل، إذ يسمح بالمساس بالجسد فى صورة التجارب الطبية، ولا يعلقها سوى على موافقة صريحة من جانب صاحب الشأن. لذلك يتعين أن يفسر نص الدستور على أنه يضع مجرد شرط مبدئى لإجراء التجربة، وهو موافقة صاحب الشأن، وأن هذا الشرط لا يغني عن ضرورة توافر شروط أخرى يقتضيها مبدأ معصومية الجسد. وأهم هذه الشروط الأخرى هى: **أولا**: أن تكون للشخص مصلحة شخصية مباشرة فى إجراء التجربة، بمعنى أن يكون اجراؤها فى اطار محاولة علاجية. وينبنى على هذا الشرط حظر إجراء التجارب على إنسان سليم الصحة. **والشرط الثانى** أن تكون احتمالات النجاح على قدر من التوثق من الناحية العلمية، حتى لا يتحول المريض إلى مجرد حقل تجارب بغير ضابط. ويحدد القاضى عند المنازعة مدى توافر هذا الشرط على ضوء القواعد الطبية والعرف المهنى[١].

الاتفاقات المعدلة للمسئولية عن المساس بالجسد:

٣٦- يتوقف مصير هذه الاتفاقات على ما إذا كانت تستهدف تخفيف المسئولية أو تشديدها.

---

(١) راجع فى الموضوع A.Decocq، محاولة من نظرية هامة للحقوق الواردة على الشخص، رسالة باريس ١٩٥٩، ٧٩. راجع وقارن: مازوودى جولار، السابق، رقم ٦٤٤ ص ٦٥٨ عبدالحى حجازى، المرجع السابق، رقم ٢٠٥ ص ٢٠٠. وراجع: خالد حمدى عبدالرحمن، التجارب الطبية، ٢٠٠٠، دار النهضة العربية.

فكل اتفاق على الاعفاء المسبق من المسئولية المترتبة علي الاضرار بالجسم أو الحياة يقع باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام. وقد نصت المادة ٣/٢١٧ من القانون المدنى على هذه القاعدة: «يقع باطلاً كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع».

وعلى العكس تصح كل الاتفاقات التى تؤدى إلى تشديد المسئولية أو زيادة التعويض، كما تصح لذات السبب كل اتفاقات التأمين على الأشخاص، والشروط التى تقضى بالالتزام بضمان سلامة أحد المتعاقدين[1].

الفرع الثانى

التخفيف من مبدأ حرمة الجسد

لاعتبارات صحية

٣٧- تثور مشكلة المساس بالجسد بمناسبة العلاج الطبى ومقتضيات الوقاية من الأمراض.

ففى نطاق الوقاية قد يجبر الإنسان على الخضوع لإجراء يمس سلامة جسده نزولا علي مقتضى المصلحة العامة. فقد تتخذ الدولة قرارات بالتطعيم الاجبارى ضد مرض وبائى. ففى مثل هذا الفرض لا مجال للاحتجاج بمعصومية الجسد لرفض التطعيم، وينطبق هذا المبدأ على كافة صور التطعيم الاجبارى، وكافة صور الإجراءات الصحية، التى قد تتخذ لضمان السلامة العامة والفردية (حالات التسمم الغذائى، ادمان المخدرات...). ففى مثل هذه الحالات يتطابق الصالح العام مع الصالح الفردى، ويخضعان معا للتقدير الكامل للسلطات العامة الصحية.

---

(١) راجع: ج. لاميرت، المرجع السابق، ص ١٣٣: مازو، المرجع السابق، رقم ٦٤٥ ص ٦٥٨.

غير أن المشكلة تبدو أكثر دقة فى علاقة المريض بالطبيب. فحين تقتضى حالة المريض تدخلاً جراحياً ماساً بالجسد، لأسباب خطيرة صحياً، يثور السؤال حول حرية الطبيب فى التصرف فى اطار يحقق عدم المسئولية مدنياً وجنائياً؟

يلاحظ ابتداء أن هناك شروطا لا خلاف عليها، **أولها** أن يكون للتدخل الجراحى ما يبرره طبيا، **والثانى** أن تتوافر قيود ممارسة المهنة. بأن يكون الطبيب مرخصا له بمزاولة المهنة، وأن يتوافر لديه أخيرا حسن النية، بأن يكون تدخله بقصد العلاج، وليس بقصد آخر (كإجراء التجارب العلمية).

أما المسألة الشائكة فتتعلق بضرورة الحصول على رضاء المريض، وضرورة تبصيره بعواقب وآثار التدخل الجراحى. وهو ما يعبر عنه بشرط الرضاء المستنير.

ويلاحظ أن الطبيب يستفيد، فى نطاق القانون الجنائى، من مانع للمسئولية إذا لم يحصل على رضاء المريض وتوافرت شروط حالة الضرورة. وقد حظيت مشكلة رضاء المريض بكثير من النقاش فى فرنسا بين رجال القانون ورجال الطب، وتذهب وجهة نظر طبية إلى ضرورة أن يكون رضاء المريض غير مشروط وغير خاضع للرقابة من جانب المريض، أى أن العلاقة بين الطرفين تتضمن قدرا من «الوصاية» فهى علاقة غير متوازنة، وبالتالى فلا مجال فيها للمساواة القانونية: فالطبيب عالم يتعامل مع «غير عالم»، الأول طرف قوى والثانى طرف ضعيف، لذلك فإن المريض حين يتعاقد مع الطبيب فإنه يتنازل عن كل ادعاء بالمشاركة فى إدارة العلاج، ومن واجب الطبيب أن يقوده نحو العلاج بأكبر قدر من الحرية.

وقد أدى هذا المنطق إلى القول بأن رضاء المريض وإن كان لازما ابتداء فلا يلزم بالضرورة استمراره أثناء العلاج. فعند التعاقد يصبح الطبيب سيد العلاج، خاصة بعد أن بلغ تطور العلم حدا بليغا من العمق والتعقيد يتعذر معه السماح للمريض باستمرار التدخل فى خط سير العلاج. وتتضح وجهة النظر المذكورة إذا ما تأملنا جانبين من جوانب الطب الحديث وهما التخدير وطب الأعصاب، ففى حالة تخدير المريض لإجراء عملية جراحية يفقد المريض وعيه ويتعامل الطبيب مع المريض كما لو كان يتعامل فى شئ مادى، أما فى طب الأعصاب فإن التنازل عن الإرادة يعد أكثر خطورة، لأن التنازل يتعلق بنفسية المريض ذاتها بحيث تصبح إرادة المريض «موكولة» إن صح التعبير - إلى الطبيب (استخدام الأنسولين - التحليل النفسى - الصدمات الكهربائية..). ويمارس الطبيب هنا تأثيرا فى التكوين النفسى والعقلى والسلوكى للمريض، وهو ما يعد أكثر خطورة فى كثير من الأحيان من مجرد العمليات الجراحية الدارجة.

غير أن وجهة النظر السابقة لم تحز قبول رجال القانون على أساس أنها تحريف لطبيعة العقد الطبى ومخالفة للمبادئ القانونية العامة فليس من المقبول أن يسند إلى المريض أنه أعطى للطبيب موافقة غير مشروطة. لأن الأصل أن جسد الإنسان غير قابل للتصرف فيه بحرية حتى من جانب صاحب الشأن. أما من ناحية المساواة فإنها وإن تخلفت فى الواقع إلا أنها قانونيا مازالت قائمة بين الطرفين. لذلك حرص القضاء على تدعيم نظام المسئولية الطبية للتأكيد على ضرورة الرضاء ابتداء وأثناء سير العلاج إن كان هناك مقتضى لذلك.

وبالنسبة لعنصر الرضاء:

يذهب الرأى الغالب إلى ضرورة موافقة المريض على التدخل الجراحى؛ وإذا

لم يكن المريض فى حالة تسمح له بالتعبير عن إرادته تعين الحصول على موافقة ذوى قرباه. وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض المدنية فى فرنسا بأن على الطبيب قبل أن يبدأ العملية الجراحية - وفى غير حالة الضرورة - أن يحصل على الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض. فإذا تعذر ذلك تعين الحصول على موافقة من له سلطة اعطاء تلك الموافقة قانونا، أو من تربطهم بالمريض صلة قرابة مباشرة[١].

أما فى حالة الضرورة التى يتعذر معها الحصول على الموافقة المذكورة فيجوز للطبيب أن يتدخل جراحيا، فالجراح الذى بدأ فى جراحة خفيفة ثم يتبين له أن هناك «ورماً خبيثاً يترتب على استئصاله نتائج خطيرة، يجب عليه أن يرجئ استئصال هذا الورم إلى حين موافقة المريض، إلا إذا كان الأمر لا يحتمل التأخير أو كانت هناك ضرورة مطلقة لإجراء هذا الاستئصال»[٢].

ويتبين مما سبق أن موافقة المريض، أو أقاربه، شرط أساسى لاباحة التدخل الجراحى فى غير حالة الضرورة القصوى. ويتجه القضاء الفرنسى - عند المنازعة فى صدور الرضاء - إلى افتراض صدوره صحيحا[٣] وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل، وهو ما يمثل، بغير شك، اضعافاً للضمان المقرر للفرد فى مواجهة الطبيب.

---

(١) مدنى فرنسى ٨ نوفمبر سنة ١٩٥٥ في داللوز ١٩٥٦-٣ وراجع مازوودى جولار، المرجع السابق، رقم ٦٢٩ ص ٦٤٩ ومابعدها ج. لامبرت، المرجع السابق ص ١٣٥ عبد الحى حجازى، المرجع السابق رقم ٢٥٠ ص ١٩٢ ومابعدها، وراجع: جابر محجوب على، الرضا عن الغير فى مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية ٢٠٠٠.

(٢) عبد الحى حجازى، المرجع السابق، رقم ٢٠٠ والأحكام التى أشار إليها مازو، الموضع السابق. وراجع: سهير منتصر، بحث فى الالتزام بالتبصير، ١٩٩٠، دار النهضة العربية.

(٣) مدنى فرنسى ٢١ فبراير سنة ١٩٦١ فى J.C.P. 11١٩٦١ - ١٢١٢٩.

أما بالنسبة لالتزام الطبيب بتبصير المريض فيتجه القضاء والفقه عموما إلى ضرورة اعطاء المريض فكرة واضحة عن حالته، ولكن ذلك لا يعنى التزام الطبيب بالدخول فى بيان التفصيلات الفنية المتعلقة بالحالة. وقد صاغت محكمة النقض الفرنسية مضمون الالتزام المذكور بطريقة معتدلة حيث ذكرت أنه «افصاح بسيط، تقريبى، ذكى وأمين»[1].

"Une information simple, approximative intellingente et Loyale".

تعارض رفض إجراء عملية جراحية مع حقوق الغير:

٣٩- سلمنا فى العرض السابق بحق المريض فى أن يرفض اجراء عملية جراحية، غير أن ممارسة المريض حقه فى الرفض قد تؤدى إلى أضرار مالية تلحق بشخص آخر، وتثور المسألة بوجه خاص حيث يرتبط شفاء المريض أو تخفيف اصابته، بمصلحة المسئول عن الاصابة، أو بمصلحة جهة تدفع له عوضا، أو تعويضا ماليا، كشركة تأمين أو هيئة تأمين اجتماعى. وواضح من وضع المشكلة على هذا النحو أنها تثير تعارضاً بين حرية المريض فى رفض التدخل الجراحى ومصلحة الغير فى خفض مبلغ التعويض إذا تمت العملية الجراحية.

تذهب بعض الأحكام إلى تقدير رفض المريض وهل له ما يبرره من عدمه، على أساس قدر الألم الذى يترتب على الجراحة وعلى أساس قدر الأخطار

---

(١) مدنى فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٩٦١ فى داللوز ١٩٦١ ملخص ١٠٨. وراجع تعليق الأستاذ كاربونييه الذى يرى أن من يكذب كذبة بيضاء حسب ظروف المريض النفسية وسنه وجنسه: تعليق فى J.C.P. ١٩٥٢II ٧٢١.

وراجع مدنى فرنسى ٤ مايو سنة ١٩٧٠ فى داللوز ١٩٧٠ ملخص ٢٢٧، ج.لامبير، المرجع السابق ١٣٥.

المحيطة بها[١]. فإذا كانت العملية مؤلمة إلى حد كبير، أو كان نجاحها تحوطه أخطار كبيرة، فلا غبار على رفضه اجرائها. ويحصل المريض على التعويض كاملا. وعلى العكس إذا كانت الجراحة من العمليات الدارجة، محدودة الخطر قليلة الايلام، فإن الرفض يعد تعسفياً. ومع ذلك فلا مجال للقول بارغام المريض على تحمل الجراحة رغم إرادته. بل يظل له حق الرفض نزولا على مقتضى معصومية الجسد، غاية الأمر أن للقاضى أن يخفض قدر التعويض المستحق.

ويتفق هذا المذهب مع نص المادة ٢٢١ من القانون المدنى المصرى والتى جاء فيها أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل الجهد المعقول»[٢].

وحيث يرفض المريض - الدائن بالتعويض - إجراء العملية الجراحية غير الخطيرة، فإنه يتخلف عن توقى الضرر ببذل الجهد المعقول.

---

(١) راجع: عرائض فرنسى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ فى .D.A ١٩٤١ - ٤١، ومحكمة Chambéry فى ٢٢ ديسمبر ١٩٤٧ فى داللوز ١٩٤٨-٧٢. ومحكمةAnger ١٩ يناير سنة ١٩٥٥ فى .J.C.p ١٩٥٥ - ٨٥٣١ - ويلاحظ الأستاذ Carbonnier أن كل عملية جراحية تتضمن عموما خطورة محددة ناتجة عن التخدير، القانون المدنى، جزء أول سنة ١٩٦٧ ص ٦٨١.

(٢) راجع: جنائى فرنسى ٣ يونيو سنة ١٩٦٩ فى.J.C.P ١٩٧٠-١٦٤٤٧ وتعليق الأستاذ سافاتييه، ج. زامبير، الموضع السابق.

الفرع الثالث

التخفيف من مبدأ حرمة الجسد لاعتبارات التحقيق

٤٠- ثار نقاش حول جواز المساس بالجسد للحصول على دليل - فى دعوى جنائية أو مدنية - فى صورتين: **الأولى** هى تحليل الدم، **والثانية** فى صدد ما يسمى مصل الحقيقة.

فتحليل الدم يمكن استخدامه فى دعاوى اثبات أو نفى البنوة. ووجه الصعوبة فى اتخاذ هذا السبيل هو أن الحصول على دم شخص معين بغير رضاه يمثل انتهاكا لحريته الشخصية من ناحية، وانتهاكا لسلامة جسده من ناحية أخرى. ولا يسمح بمناقشة هذا الموضوع إلا نزولا على ما قد يدعيه الخصم من حق مقابل فى الحصول على الدليل.. ولكن هذا الحق لا يصل فى إعماله إلى حد التضحية بالمبادئ الأساسية المشار إليها فى جانب الطرف الآخر. ذلك أن الحق فى الحصول على الدليل ليس حقا فى الحصول عليه أيا كانت وسيلته. وبالتالى فإن الرأى المستقر فى فرنسا[1] هو أن للمحكمة أن تدعو الخصم لاعطاء دمه اختياراً بقصد تحليله ولكنها لا تملك اجباره على ذلك. غاية ما فى الأمر أن للقاضى أن يتخذ من رفض الاستجابة للتحليل قرينة على وهن دعوى الرافض، ولكن لا يجوز للقاضي أن يقرن مقدما أمره بتحليل الدم بتقرير خسران الدعوى فى حالة الرفض[2].

---

(١) فى فرنسا حيث أثير الموضوع.

(٢) كاربونييه، الموضع السابق، وراجع مدنى فرنسى ٢٥ يوليو سنة ١٩٤٩ فى داللوز سنة ١٩٤٩ ص ٥٨٥، ومدنى فرنسى ١٧ يونيو سنة ١٩٥٣ فى داللوز ١٩٥٣ ص ٦١١.

أما بالنسبة لاستخدام **مصل الحقيقة** فقد اختلف فى شأنه الرأى، حيث ذهب البعض إلى أن المصلحة العامة يجب أن تتغلب على المصلحة الفردية، وبالتالى تبرر الخروج على مبدأ حرمة الجسد. غير أن رأياً آخر، له الغلبة، يرفض اباحة الوسيلة تقديراً لاعتبارين أساسيين:

الاعتبار الأول: أن الافضاء بمعلومات للتحقيق يجب أن تتم بناء على الاختيار الحر.

الاعتبار الثانى: أن استخدام مصل الحقيقة قد يؤدى إلى الافضاء بمعلومات شخصية لا علاقة لها بالتحقيق مما يعد انتهاكاً للحق فى الخصوصية[1].

المطلب الثانى

حماية الكيان الادبى

٤١- أشرنا فيما سبق إلى أن حقوق الشخصية تتضمن جانبا يتعلق بالكيان الأدبى أو المعنوى للإنسان، وتتعلق هذه الحقوق بالحفاظ على الشرف، والأسرار، والفكر، والانتاج الذهنى[2]، والاسم، والصورة، والانتقال، والاجتماع. وقد عنى الدستور بالنص على الجانب الأساسى من هذه الحقوق فى الباب الثالث فى صدد الحقوق والحريات والواجبات العامة (مواد ١٤١ ومابعدها من الدستور) كما تكفل القانون الجنائى بحماية كثير منها، كما هو الحال فى

---

(١) راجع: عبد الحى حجازى، المرجع السابق، رقم ٢٠١: مازو، المرجع السابق رقم ٦٢٩، ج لامبير، المرجع السابق، ص ١٣٥، ١٣٦. يلاحظ أن القانون قد يبيح تحليل الدم للحصول على دليل كما هو الحال بالنسبة لمرسوم ١٨ يناير سنة ١٩٥٥ فى فرنسا والذى يجيز تحليل دم السائق عقب حادث المرور إذا اشتبه أنه كان يقود السيارة وهو فى حالة سكر، وراجع قانون المرور الحالى فى مصر.

(٢) سنعرض لحق الشخص على انتاجه الذهنى فى المبحث الثالث الخاص بحق المؤلف.

النصوص التى تعاقب على القذف (م ٣٠٢ عقوبات) القبض أو الحبس بدون وجه حق (م ٢٨٠ عقوبات)، انتهاك حرمة ملك الغير (م ٣٦٩ عقوبات ومابعدها)، الاعتداء على حرية العمل (م ٣٧٥ عقوبات)، وجريمة افشاء الأسرار (م ٣١٠ عقوبات)، وجريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة (م ٣٠٩ عقوبات)..... الخ.

ونعرض فيما يلى لبعض مظاهر حماية الكيان الأدبى للإنسان[1] وهى حرمة المسكن ثم لما يسمى الحق فى الخصوصية (حماية أسرار الحياة الخاصة)[2].

الفرع الأول

الحق فى حرمة المسكن

يعد المسكن من «قلاع» الحرية الشخصية، ففيه يركن الإنسان إلى الراحة ويمارس حياته الفردية بكل ما فيها من خصوصيات. لذلك كانت حمايته واضحة فى الدساتير والقوانين المختلفة.

ولحماية «حق المسكن» مظهران: **الأول** يقتضى صيانة حرمته بحيث يحظر على أي شخص أن يقتحمه بغير رضاء صاحبه، أو بغير سند قانونى **والمظهر الثانى** يرتبط بحرية التنقل حيث يتقرر للفرد الحق فى اختيار مسكنه وحرية تغييره فى أى وقت يشاء.

(١) راجع: توفيق فرج، المرجع السابق، رقم ٢٨٦، ٧٧٧؛ وراجع: محمد ناجى ياقوت، فكرة الحق فى السمعة، مكتبة الجلاء - المنصورة ١٩٨٥، خالد حمدى عبد الرحمن، الحياة الخاصة للعامل، ٢٠٠٠، دار النهضة العربية.

(٢) وهى أهم المظاهر التى ترتب، عملا، آثارا فى نطاق المسئولية المدنية.

المظهر الأول - حرمة المسكن:

«للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا للقانون» (م ٤٤ من الدستور).

وتطبيقا لهذه الحماية لا يجوز لرجال السلطة العامة دخول المنازل فى غير الأحوال المنصوص عليها فى القانون وبناء على إذن من السلطة المختصة كأمر تفتيش، أو توقيع حجز على أموال مدين[١].

وينبنى على منطق الحماية القانونية المذكورة معنى آخر سلبى يحدده الفقه بأنه حق الفرد فى أن **«يغلق باب داره على نفسه»**[٢] أى أن يحتجب فى داره دون أن يلتزم باستقبال أحد. ويستفيد من الحماية القانونية شاغل المسكن، سواء كان مالكا أو أى شخص آخر يستند إلى صفة قانونية أخرى، كالمستأجر والمستعير والمنتفع.

وفى نطاق القانون الجنائى تعاقب المادة ٣٦٩ عقوبات كل من دخل عقاراً فى حيازة آخر بقصد منع حيازته بالقوة أو بقصد ارتكاب جريمة فيه... الخ بالحبس مدة لا تجاوز سنة أو بغرامة لا تجاوز ثلاثمائة جنيه. كما عاقبت المادة ٣٧٠ عقوبات كل من دخل بيتاً مسكوناً أو معداً للسكن أو فى أحد ملحقاته أو سفينة مسكونة أو فى محل معد لحفظ المال... كما نصت المادة ٣٧١ عقوبات على أن كل من وجد فى إحدى المحلات المنصوص عليها فى المادة السابقة مختفيا عن أعين من لهم الحق فى اخراجه يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز

---

(١) راجع تعليق للأستاذ Vouin فى داللوز ١٩٥٠ ص ٣٤٨.

(٢) ج. لامبير: المرجع السابق ص ١٤٧.

ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تجاوز مائتى جنيه. كذلك راجع المواد ٣٧٢ و٣٧٢ مكررا و٣٧٣ من قانون العقوبات.

- ومن المشاكل العملية التى أثارتها حرمة المسكن، فى نطاق المسئولية المدنية، مسألة جواز وضع عوائق أو موانع عند المدخل، ككلاب، أو أجهزة كهربائية أو ميكانيكية، ومدى مسئولية شاغل العقار عما يترتب على ذلك من أضرار تلحق بالغير(١).

ونلاحظ ابتداء أن من العسير التسليم بشرعية وضع أجهزة كهربائية أو ميكانيكية لإيذاء من يدخل المسكن بغير رضاء صاحبه. ذلك أن هذا العمل لا يتفق مع المألوف فى مسلك الرجل العادى، ويتضمن تجاوزاً لحدود الدفاع عن حرمة المسكن. أما بالنسبة لوضع كلاب للحراسة، فقد قضى بعدم مسئولية شاغل العقار عن هجوم كلب على شخص دخل المنزل بغير مبرر مقبول(٢). وهو اتجاه جدير بالتأييد على أساس أن وضع كلاب للحراسة يتفق مع مسلك الإنسان العادى فضلا عن أن العرف قد جرى به. وفى الوقت الحالى أصبحت حماية المضرور، فى هذه الفروض، لا تحتاج إلى اثبات خطأ شاغل العقار، حيث تتحدد مسئوليته على أساس المسئولية عن فعل الأشياء وفقاً للمواد ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨ من القانون المدنى المصرى والمادة ١٣٨٤ فقرة أولى من القانون المدنى الفرنسى.

ويلاحظ أن حق الدفاع عن حرمة المسكن يتقرر فى مواجهة كل معتدى

---

(١) راجع: ج. لامبير، المرجع السابق ص ١٣٧، كاربونييه، المرجع السابق ص ٢٣٧.

(٢) العرائض ٢٠ يناير ١٩٠٤ فى سيرى ١٩٠٤، ٣٢٠.

حتي لو كان المعتدى هو المالك، فالمستأجر يستطيع أن يمنع المالك من دخول العقار فى غير الأحوال المباحة قانوناً[١].

غير أن حالة الضرورة قد تسمح ببعض الاستثناءات على المبدأ المذكور، فقد قضى بأن من حق أحد سكان المنزل أن يدخل المسكن العلوى لمنع تسرب خطير للمياه حدث فى غيبة شاغل العقار، وذلك بشرط وجود شهود على الواقعة[٢].

وفى نطاق القانون الجنائى قضى بشرعية اقتحام منزل المتهم أثناء تعقبه بقصد تنفيذ أمر بالقبض عليه، نزولا على معنى حالة الضرورة[٣].

المظهر الثانى - حرية تغيير المسكن:

٤٣- ويرتبط هذا المظهر أساسا بحرية الفرد فى التنقل من مكان لآخر، فحرية التنقل من مسكن لآخر هى ممارسة لحريته فى التنقل بصفة عامة. وقد طرحت مشكلة حرية اختيار المسكن، من زاوية القانون المدنى، بمناسبة التصرفات التبرعية التى تقترن بشروط تفرض على المستفيد أن يقيم فى مسكن معين لا يغادره، أو على العكس، ألا يقيم مطلقا فى مكان محدد.

ففى مثل الفرض السابق يتعارض الشرط الملحق بالتبرع مع مبدأ حرية

---

(١) كما لو وجد شرط فى العقد يسمح للمالك بدخول المسكن من وقت لآخر؛ كذلك وفقا لنص المادة ٧٥٠ مدنى التى يجيز للمؤجر دخول المكان المؤجر لإجراء الترميمات المستعجلة والضرورية لحفظ العين.

(٢) عرائض ٨ يوليه ١٨٧٣ فى داللوز ١٨٧٣-١-٢٧٩، ج.لامبير، الموضع السابق؛ كاربونييه، المرجع السابق ص ٢٤٩.

(٣) نقض جنائى ١٩٥٩/٣/٣١، أحكام النقض س ١٠ رقم ٨٣ ص ١٢٩.

اختيار المسكن، فهل يؤدى هذا التعارض إلى القول ببطلان الشرط المذكور؟

اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسى إلى اجازة الشرط حماية لمصلحة المتبرع، غير أن هذه الأحكام تتطلب أن يكون الشرط مقصوراً من حيث الزمان[١] على فترة زمنية محدودة. ولكن هذا الشرط غير كاف، فضلا عن أنه غير ضرورى فى رأى البعض[٢]، **والقيد الأهم** هو ضرورة أن يستند الشرط إلى مصلحة مشروعة تبرره، ومن قبيل المصالح المشروعة رغبة الموصى أو الواهب فى عدم هجر المنزل العائلى، أو رغبة الزوج الواهب فى منع زوجته من الاتصال بصديق سابق[٣].

فإذا قدر القضاء عدم وجود المصلحة أو عدم معقوليتها قضى ببطلان الشرط المقيد لحرية السكن. وقد قضى، فى اتجاه عدم معقولية الشرط، ببطلان شرط السكن فى منزل مهجور[٤].

ويلاحظ أخيراً أن القضاء بصحة الشرط المقيد لحرية السكن يقتصر على التزام المستفيد من التبرع بالاقامة، أو عدم الاقامة فى المكان المحدد، ولكنه لا يحول دون حريته العادية فى التنقل من مكان إلى آخر. كما يتعين أن نشير إلى

---

(١) عرائض ١٧ مارس ١٩٢٥ فى سيرى ١٩٢٧-١-٢٨١ وتعليق Morel.

(٢) راجع كاربونييه، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

(٣) عرائض ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ سيرى ١٩٢٥-١-٢٢، محكمة Renes فى ٧مارس ١٩٠٤ فى سيرى ١٩٠٧-٢-٢٤١.

(٤) محكمة بوردو فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٧٩ في سيرى ١٨٧٧-٢-٢٤٧، وراجع كاربونييه، الموضع السابق، يلاحظ أن شرط الاقامة فى مكان معين قد يرتبط بمهنة المدين، فقد يشترط صاحب العمل على العامل أن يقيم في مقر العمل أو قريبا منه نظرا لأن طبيعة العمل تقتضى ذلك، وفى مثل هذا الفرض لا شبهة فى صحة الشرط.

تنفيذ الالتزام بالاقامة أو بالامتناع عن الاقامة، على النحو السابق، يتطلب تدخلا شخصيا من جانب المدين، وبالتالى لا يقبل التنفيذ العينى جبراً عن إرادته.

الفرع الثانى

الحق فى الخصوصية

٤٤- ونقصد بالخصوصية حق الفرد فى حماية بعض مظاهر حياته الخاصة، ومنها بالذات المحافظة على السرية بما يصون سمعة الشخص ويصون معطيات الحياة التى يحرص على عدم تدخل الناس فيها. وقد أصبح الحق فى الخصوصية - فى عصرنا الحديث - أحد المظاهر الجوهرية للحريات المدنية[١] والتى تستهدف أن يعيش الشخص حياته الخاصة بغير ازعاج من الآخرين، سواء فيما يتعلق بسمعته أو ذكرياته أو أسراره، بحيث لا تتخذ هذه العناصر وسيلة للاعلان المثير أو النشر الجارح.

ومن أهم النصوص الجنائية الخاصة بحرمة الحياة الخاصة ما ورد فى المادة ٣٠٩ مكرراً من قانون العقوبات حيث نصت على أن يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بارتكاب أحد الأفعال الآتية فى غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجنى عليه.

---

(١) راجع: كاربونبيه، المرجع السابق، ص ٢٣٩. وراجع: محمد أبو العلا عقيدة، مراقبة المحادثات التليفونية، ١٩٩٤، دار الفكر العربى، مصطفى عبد الحميد عدوى، الخصوصية فى مكان العمل، ١٩٩٧، ابراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية.

أ- استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أياً كان نوعه محادثات جرت فى **مكان خاص** أو عن طريق التلفون - ب- التقط أو نقل، بجهاز أياً كان نوعه صورة شخص فى **مكان خاص**. فإذا صدرت هذه الأفعال المشار إليها فى الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين فى ذلك الاجتماع فإن رضاء هؤلاء يكون مفترضاً. ويعاقب بالحبس الموظف العام الذى يرتكب هذه الأفعال المبينة فى هذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته. ويحكم فى جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها وبمحو التسجيلات. كما نصت المادة ٣٠٩ مكرراً أ من قانون العقوبات على أن يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل اذاعة أو استعمل ولو فى غير علانية تسجيلا أو مستنداً متحصلا عليه بإحدى الطرق المبينة فى المادة السابقة.... الخ.

- أما عن حدود الحماية المدنية لخصوصيات الفرد فإنها تتضح من خلال التحديدات الآتية:

(١) الحق فى الخصوصية وحرية النشر:

٤٥- يحدث الاعتداء على مقومات الخصوصية، عادة، عن طريق وسائل النشر والاعلام المختلفة، كالقصص، المقالات، التحقيقات الصحفية والتلفزيونية، السينما... الخ. وهنا تتحدد معالم الحماية من خلال التوازن بين حريتين متعارضتين، **فحرية الفكر والنشر**[١] تعطى للصحفى أو للأديب ... الخ، الحق فى أن يستخدم المعلومات التى يحصل عليها من واقع الحياة

---

(١) راجع: Martin مقال بعنوان: سرية الحياة الخاصة، فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٩ ص ٢٢٥ ومابعدها.

سبيلا لدراسة الطبع والأخلاق، بحيث يصل إلى المجاز عمل أدبى ناجح، فى صورة النقد أو الشعر أو القصة أو الخبر. ويقتضى هذا المبدأ القول بأن مجرد ذكر معلومات خاصة بشخص معين لا يؤدى بذاته إلى انعقاد المسئولية المدنية أو الحكم بسحب المؤلف من التداول أو وقفه[١]،[٢]، وبالتالى فإن الحظر المطلق للتعرض للحياة الخاصة يبدو غير متفق مع مقتضيات الصالح العام من الزاوية المذكورة.

أما الحق فى الخصوصية فيقف قلعة يحتمى بها الفرد ضد تعكير صفو حياته الخاصة «فذكريات الحياة الخاصة لكل فرد هى جزء من كيانه المعنوى، فلا يجوز لأحد أن ينشر عنها شيئا بغير إذنه الصريح والواضح[٣].

ومن هنا كان وجوب فض التعارض، بين الحريتين المذكورتين، وفقا لميزان عدل دقيق، للتوفيق بينها. فالحظر المطلق للتعرض للحياة الخاصة يقضى على حرية النشر، ويفتح الباب أمام فيض من الدعاوى القضائية لا ينقطع[٤] وفى ذات الوقت فإن خصوصيات الفرد تعبر، فى حدود معينة، عن جوهر انسانيته، وحيث تنتهك الخصوصية على نحو خطير ينتهك الإنسان ذاته.

(٢) التفرقة بين الحياة الخاصة والحياة العامة:

٤٦- ينصب الحق فى الخصوصية على الحياة الخاصة للفرد، وهو ما يدنو

---

(١) راجع: مارتن المقال السابق ص ٢٥٣.

(٢) راجع حكم لمحكمة بروكسل فى ١٤ يوليو سنة ١٩٣٤ سيرى ١٩٣٥-٤-١٢.

(٣) راجع باريس ٦ مارس ١٩٥٥ داللوز ١٩٥٥-٢٩٥، محكمة السين ٢٣ يونية سنة ١٩٦٦ فى J.C.P. سنة ١٩٦٦ رقم ١٤٧٧٥ الحكم الأول.

(٤) راجع، مارتن، المقال السابق، ص ٢٢٩.

إلى التفرقة بين هذه الحياة وحياة الفرد العامة. والمقصود بهذه الأخيرة الحياة العلنية التى تجرى أحداثها ووقائعها دون خفاء أمام الناس.

وليس معنى هذه التفرقة تجريد الحياة العامة من الحماية القانونية. فجريمة القذف مثلا، وهى تحمى جانباً من الكيان المعنوى للفرد، تفترض العلانية (مواد ٣٠٢ و ١٧١ من قانون العقوبات). ولكن المقصود هو تحديد نطاق ذلك النوع من الحماية القانونية الذى نعرض له فى هذا المقام، والذى ينصب على الحياة الخاصة.

ورغم وضوح الحد، نظرياً بين الحياة العامة للفرد وحياته الخاصة إلا أن المسألة ليست بهذه السهولة من الناحية العملية.

لذلك يترك تقدير الأمر للقضاء فى كل حالة على حده، ومع هذا يمكن القول بصفة مجملة، بأن الحياة الخاصة هى الحياة العائلية والشخصية، والتى يحياها الإنسان خلف الأبواب[١]. وواضح أن هذا التعريف الأخير هو تعريف تقريبى لا أكثر.

غير أن تحديد نطاق كل من الحياة العامة والحياة الخاصة لا يتم وفقا لمعيار واحد بالنسبة لكافة الأفراد، ذلك أن **نطاق الخصوصية يختلف بالنسبة للفرد العادى عنه بالنسبة للفرد الذى يشغل منصبا عاما سياسيا أو يقوم بعمل أدبى أو فنى يجعله على قدر من الشهرة**. فللشهرة، أو العمل العام، ثمن يدفعه الفرد من حياته الخاصة فى كثير من الحالات، بمعنى

---

(١) مارتن، السابق، ص ٢٣٠.

أن حرية الفكر أو النشر تصبح، فى هذا الفرض، أكثر رجحانا من الحق فى الخصوصية[١].

غير أن ترجيح حرية النشر والفكر فى هذا النطاق لا يجوز أن ينتهى إلى المساس بالخصوصيات التى لا شأن لها بجماهيرية الشخص. بمعنى أن حرية النشر تقتصر على الحدود المؤثرة على عمله أو نشاطه العام. وتطبيقا لهذه التحديدات لا تعد العلاقة بين شخصية عسكرية وسيدة أجنبية من قبيل الخصوصيات التى تتمتع بالحماية القانونية، كما لا يعد كذلك لعب القمار بالنسبة لشخصية تؤتمن على أموال الدولة... الخ.

وخلاصة هذا القول أنه بقدر ضخامة المسئولية بقدر ما يجب ألا يكون لدى الشخص ما يخفيه[٢].

ويجدر بالملاحظة، فى هذا المقام، أن المسئولية الجنائية عن السب والقذف تقدم بعض الايضاحات للحدود بين ما هو «عام» و«خاص» بالنسبة للكيان

---

(١) راجع: باريس ٣٠ يونية ١٩٦١ داللوز ١٩٦١-٢٠١ حيث قضى بأن حياة الفرد خاصة تكون جزءا من كيانه المعنوى، ولكن الوضع يختلف بالنسبة للشخصيات المشهورة والتاريخية، وباريس ٦ مارس ١٩٥٥ السابق الاشارة إليه حيث قضى بأن الحياة العامة تخضع لقواعد مختلفة عن الحياة الخاصة، وراجع باريس ١٧ مارس سنة ١٩٦٦ داللوز سنة ١٩٦٦-٧٤٩، السين أول يوليو سنة ١٩٦٧ فى J.C.P. ١٩٦٨-١٥٥٤٠ والتعليق، وباريس ٢٧ فبراير سنة ١٩٦٩ داللوز ١٩٦٩ مختصر ٦٧.

(٢) ومعنى هذا القول أن ما يعد حياة خاصة بالنسبة للشخص العادى قد لا يعد كذلك بالنسبة للشخص العام، وتحرص على هذا الاتجاه الدول الديمقراطية. أما حيث يسود الاستبداد السياسى فإن ارهاب السلطة يحيط الشخصيات العامة بهالة من التقديس، وحيث يقع المحظور فإن القذف أو السب لا يصل إلى القضاء بل تتم مواجهته بوسائل أخرى غير قانونية....!!

المعنوى للإنسان بصفة عامة. وهى ايضاحات تدعم ما سبق قوله من عدم التشدد فى الحماية بالنسبة للشخصيات العامة.

وعلى سبيل المثال قضت محكمة جنايات مصر فى ٢ مايو سنة ١٩٤٧ ببراءة صحفى فى دعوى السب المرفوعة من أحد أعضاء هيئة المفاوضات عن مقال نشر فى إحدى الصحف، رغم الهجوم القاسى الذى ورد بالمقال حيث جاء فيه تحت عنوان صحيف سوابق المفاوض المصرى: ان عهد.... باشا اشتهر بحوادث التعذيب وانتشار رائحة الفضائح التى تمس نزاهة الحكم.... وأن.... باشا هو بنطلون كل وزارة... وأن الرجعية الانجليزية اشترته... وأنه صاحب اليد الطولى فى تزوير الانتخابات... وأنه لا يزال المتآمر الأول بين الرجعيين المصريين على النظام الديمقراطى وهو صاحب المناورات الحقيرة فى ابعاد الشعب عن الحكم.

ورغم قسوة هذه العبارات فقد قضت محكمة النقض برفض الطعن الذى رفعته النيابة العامة عن حكم البراءة، على أساس أن الحكم المطعون فيه تضمن ما يفيد أن المتهم كان فيما نسبه إلى المجنى عليه فى الحدود المرسومة فى القانون للنقد الذى لا عقاب عليه(١).

---

(١) نقض جنائى ٤ يناير ١٩٤٩، مجموعة القواعد جـ ٧ ع٧٧٦ ص ٥٢٨، وفى قضية أخرى قضى على العكس باعتبار مقال صحفى قذفا معاقبا عليه لأنه وصف رئيس الوزراء فى مقال بعنوان «المقامر بمصير الأمة» - لأنه يقامر بمصير أمة وحياة شعب - وأنه تربى على موائد المستعمرين ودعامة من دعامات الاقتصاد الاستعمارى الذى بناه اليهود بدسائسهم، وأموالهم ثم طلوه بجاه... باشا وأمثاله. نقض جنائى ١٥ يونيو عام ١٩٤٨، مجموعة القواع جـ ٧ ع٦٤١ ص٦٠٢ وكانت محكمة الجنايات قد قضت ببراءة المتهم على أساس أن ما جاء فى المقال لا يحتوى على خدش للاعتبار إنما يندرج تحت النقد السياسى. راجع وقارن: صلاح منصور، رسالة عن القذف عام ١٩٣٩، محمد عبد الله، جرائم النشر عام ١٩٥١.

ونخلص مما سبق أن ما يعد حياة خاصة يختلف فى نطاقه بالنسبة للفرد العادى عنه بالنسبة للشخص العام، ومع ذكر هذا التحفظ يبقى المبدأ قائما وهو حظر التعرض لما هو «حياة خاصة».

- وأخيراً يذهب بعض القضاء إلى أن الحظر المذكور يشمل كل عمل يمس الشخص حتى ولو كانت له فيه مصلحة. وقد حكم تطبيقا لذلك بأن من حق الشخص أن يعترض على الاعلان عن اكتتاب لجمع الأموال لمساعدته[١]، كما قضى بحق العائلة فى الاعتراض على اقامة تمثال لأحد أفرادها بعد وفاته[٢].

كما أن حماية الخصوصية تنسحب على ما يتعلق بأبناء الشخص[٣].

(٣) الخطأ والضرر فى صدد التعرض للحياة الخاصة:

٤٧- تتجه بعض الأحكام القضائية إلى أن افشاء أسرار الحياة الخاصة يعد فى حد ذاته خطأ يؤدى إلى أضرار لا يمكن تداركها سواء توافر سوء القصد أم لم يتوافر[٤].

كما يعد من قبيل الاعتداء على الحياة الخاصة تصوير شخصية الفرد فى الصحف أو المؤلفات الأدبية بقصد تحقيق أغراض إعلانية أو دعائية لشركة أو جهة ما، وهو يتحقق عادة بالنسبة للشخصيات المشهورة فى مجال الفن أو

---

(١) باريس ٢١ أكتوبر ١٩١٢ فى داللوز ١٩١٣-٢-١٢١ تعليق Claro.

(٢) السين ٢ مايو عام ١٨٩٤ «داللوز» عام ١٩٠٣-٢-٣٠٠-٢٢١.

(٣) Colmar فى ٩ فبراير ١٩٦١ فى داللوز عام ١٩٦١-٦٩١.

(٤) السين فى ٨ ديسمبر عام ١٨٨٣ D.H. ١٨٨٩-١-١٧٦.

الأدب أو السياسية[١]. أما إذا انتفت المظاهر الاعلانية فى التعرض لشخصية الفرد فإن المسئولية لا تتحقق، غير أن انتفاء المسئولية فى مثل هذا الفرض يقتضى توافر شروط تفصيلية، إذ يشترط ألا يتم ذكر معلومات عن الأسرار الشخصية للفرد، كما يشترط ألا يكون ذكر الفرد قد ورد فى اطار تصوير هزلى يدعو إلى الاستهزاء به[٢]، كما يتعين ألا يتضمن التعرض للشخص ذكر تلميحات مسيئة المقصد[٣]، ويجب أخيراً ألا يذكر اسم الشخص فى اطار تحريف غير مناسب لواقعة أو حادثة تاريخية[٤].

ونعرض فيما يلى لتطبيق عن الحق فى الصورة لايضاح ما سبق:

الحق فى الصورة:

٤٨- ويقصد بهذا الحق سلطة الشخص فى الاعتراض على أن تؤخذ له صورة وأن يرسم أو ينحت له تمثال بغير موافقته الصريحة أو الضمنية. كما يتضمن الحق المذكور مكنة الاعتراض على نشر صورته على الجمهور، ويعد هذا

---

(١) باريس ١٣ فبراير ١٩٧١ J.C.P. ١٩٧١-٢-١٧٧٤.

(٢) باريس ١٥ يونيو ١٩٦٥ J.C.P. ١٩٦٥-٢-١٤٣٠٥ باريس ١٥ يونيو عام ١٩٧٠ J.C.P. ١٩٧٠-٢-١٦٥٥٠ وتعليق لندون.

(٣) باريس ٢١ ديسمبر ١٩٧٠ J.C.P. ١٩٧١-٢-٦٦٦٥٣ وتعليق لندون.

(٤) باريس ١٣ يونيو عام ١٩٧١-.J.C.P ١٩٧١-٢-١٦٨٥٦، وراجع لامبير، المرجع السابق ص ١٤٥. وراجع ما قضي به لصالح الممثلة مارلين ديترتش من حظر التعرض للحياة الخاصة عن طريق النكات، والقصص الخصوصية، إلا بموافقة صاحب الشأن باريس ١٦مارس عام ١٩٦٢ فى داللوز ١٩٦٢، ٢٩٢، وراجع باريس ٣٠ يونيو عام ١٩٥١ فى داللوز ١٩٦٢، ٢٠٨ وباريس ١٣ مارس عام ١٩٦٥ فى داللوز ١٩٦٥ ص ١١٤.

الحق مظهراً من مظاهر حماية الشخصية. كما أنه من عناصر حماية الحياة الخاصة للفرد. ذلك أنه يفيد منع الآخرين من التعرف على الحياة الخاصة على نحو لا يرضى عنه صاحب الشأن، فالصورة ما هى إلا تعبير عن الفرد وهو فى موقف معين من مواقف حياته[1]، كما أن الاخلال بمقتضى حماية الحق فى الصورة يتضمن اعتداء على الكيان المعنوى للإنسان وذلك حيث تبدو الصورة فى شكل مهين أو مثير للسخرية[2].

وتثور فى هذا المقام ذات المشكلة الجوهرية فى حق الخصوصية عموماً وهى وضع الحدود بين الحياة الخاصة والحياة العامة، وذلك أن أهم مظهر للحماية بالنسبة للصورة هو عدم المساس بالحياة الخاصة للشخص، ولذلك تبدو المشكلة أيضا مختلفة بالنسبة للفرد العادى عنها بالنسبة للفرد «العام» سواء من يتقدم للعمل السياسى أو من كان من مشاهير الفنانين أو الأدباء.

---

(١) وقد قضى بالمسئولية عن نشر صورة لزوجين، رغم عدم ذكر الأسماء، حيث كان الزوج يرتدى «شورت» وقميص خليع، فى حين كانت الزوجة ترتدى «مايوه» من قماش رقيق، باريس ٢٤مارس عام ١٩٦٥ J.C.P. ١٩٦٥-٢-١٤٢٥٥، وفى حكم آخر قضى بالمسئولية عن نشر صورة لطفل فى سرير المرض، فى إحدى المستشفيات، مع ذكر بعض المعلومات عن حالته المرضية وعلاجه، لأغراض تجارية، وقد حكمت المحكمة بحجز نسخ المجلة باعتبار أن النشر يمثل مساسا بالحياة الخاصة لا يمكن التسامح فيه. باريس ١٣ مارس عام١٩٦٥ ورفض الطعن بالنقض فى داللوز ١٩٦٩-١٥١ وتعليق Mimin وراجع Kayser الحق على الصورة، فى منوعات روبييه الجزء ١، ص ٧٢ ومابعدها؛ Malerb الحياة الخاصة فى القانون الحديث، باريس عام ١٩٦٨.

(٢) راجع عبد الحى حجازى، المرجع السابق رقم ١٩٤ يشير إلى رأى بعض الفقه فى أن من يعيش بين الناس يجب أن يتحمل رغبتهم فى التعرف على صورته... وأنه لا ضرر إذا أودع الفنان هذه الصورة كراسة أعدها للرسوم التخطيطية بقصد استعمالها الشخصى.

فبالنسبة للفرد العادى تبدو الحياة الخاصة أكثر اتساعا وبالتالى تدور معها الحماية فى ذات اتجاه التوسع. أما بالنسبة «للفرد العام» فهو أصلا يبحث عن الشهرة، وهو فى بحثه عن الشهرة، أو فى تعرضه للعمل العام عموما، يخضع نفسه لرقابة الرأى العام، وبالتالى فإن حدود الحياة الخاصة بالنسبة له تتفاوت بقدر مقتضيات الاعلام، وارتباطه بمقتضيات ثقة الناس فيه[1].

ويتحقق القول السابق على وجه الخصوص بالنسبة للمشاهير من فنانى السينما والمسرح، حيث يتعذر بالنسبة لهذه الفئة أن تحتج على التصوير وانتشاره، ففى هذا الفرض يعد التصوير من مظاهر الشهرة التي يسعى إليها الفنان، ويفترض أنه يوافق عليه فى أغلب الحالات. ولكن القضاء يحرص على أن يكون التصوير عن حياة الشخص العامة أو نشاطه المهنى، أما إذا تجاوز ذلك إلى حياته الخاصة الداخلية، بغير علمه وبغير موافقته، فإن الأمر يعود إلى نطاق الحظر مرة أخرى، وتطبيقاً لذلك حكم لصالح الممثلة المشهورة بريجيت باردو فى قضية تتلخص وقائعها فى أن أحد الصحفيين كان قد قام بتصويرها، مستخدما جهازا للتصوير عن بعد Téléodjectif، وهى داخل منزلها، حيث كانت فى إحدى الصور، ترتدى ملابسها الداخلية. وقد أوضحت المحكمة بجلاء **أن الصور قد التقطت خلسة، وفي وقت لم تكن فيه تمارس أى نشاط مهنى، مما يمثل اعتداء على الحياة الخاصة**، وقد صاغت محكمة باريس، من خلال هذه القضية، المبدأ الذى يحكم النشر بالنسبة للفنانين، وهو

---

(١) راجع ماليرب، المرجع السابق ص ٤، ٥ ومابعدها.

أن الموافقة الضمنية يمكن افتراضها عندما يتعلق النشر بالحياة العامة أو النشاط المهنى، وأن الأمر غير ذلك عندما يتعلق النشر بالحياة الخاصة[١].

ويتبين من هذا التحديد الأخير الحد الفاصل بين حماية الفرد العادى والشخصية الفنية، فهذه الأخيرة يمكن افتراض موافقتها الضمنية طالما كانت الصورة قد أخذت أثناء ممارسة النشاط العام أو المهنى، أما بالنسبة للفرد العادى فإن الأصل هو حظر أخذ صور له إلا بعد موافقته حتى فى صدد نشاطه المهنى أو فى أماكن عامة.

وتطبيقاً لذلك قضى بالمسئولية عن التقاط صورة ونشرها لرجل وامرأة أثناء جلوسها فى أحد البارات[٢]. كما أن الموافقة لا يجوز أن تستخلص من مجرد الموقف السلبى، أو من مجرد عدم الاعتراض على النشر فى المرة الأولى، إذا تكرر النشر بعد ذلك[٣].

وتجدر الاشارة أخيرا أن بعض أحكام المحاكم الفرنسية اتجهت إلى رفض الدعاوى المرفوعة عن تصوير الشخص فى أوضاع لم يحرص على اخفائها[٤] كما فى حالة تصوير فتاة كانت تسير على شاطئ البحر عارية الصدر[٥].

---

(١) باريس ٢٧ فبراير ١٩٦٧ في دالloz ١٩٦٧-٤٥٠ والتعليق.

(٢) السين ١٨ مارس ١٩٦٦ فى داللوز ١٩٦٦، ٥٦٦.

(٣) راجع، ماليرب، المرجع السابق، ص ١٠، ونقض فى ٢ أكتوبر ١٩٣٧ فى داللوز الأسبوعى ١٩٣٧، ٥٦٥. وراجع: ج. لامبير: المرجع السابق ص ١٤٤، ١٤٥.

(٤) باريس ٢٤ مارس عام ١٩٦٥ فى J.C.P. ١٩٦٥-٢-١٤٣٠٥.

(٥) باريس ١٨ مارس عام J.C.P.١٩٧١ ١٩٧١-٢-١٦٨٧٥. راجع حول تصوير شخص وهو يجلس على مقعد فى طريق عام: Grasse فى ٢٧ فبراير عام J.C.P.١٩٧١ ١٩٧١-٢- وتعليق لندون، وراجع: ج. لامبير، المرجع السابق ص ١٤٥.

٤٩- غير أن هناك فروضا يمكن فيها استخلاص الموافقة الضمنية، للفرد العادى، على التصوير والنشر، ومن هذا القبيل من يوافق على التصوير أثناء وجوده في مؤتمر علنى، إذ الفرض أنه يوافق على نشر الصورة فى اطار الأخبار المعلنة عن المؤتمر. كذلك الحال إذا وافق شخص على أن تؤخذ له صورة مجانا لدى مصور ناشئ، حيث يمكن افتراض موافقته على عرض الصورة للدعاية للمصور[١].

ولكن حق المصور فى النشر يتقيد بالهدف الذى من أجله التقطت الصورة؛ فإذا وافق شخص على أن تلتقط له صورة فى اجتماع عام لنشرها على سبيل الخبر، فإن من حقه أن يعترض على استخدام الصورة فى اطار فيلم سينمائى[٢].

نص المادة ١٧٨ من قانون حماية الملكية الفكرية:

٥٠- حاول المشرع المصرى أن يجمع بين دفتي نص المادة ١٧٨ سالفة الذكر الخطوط العريضة لاتجاهات القضاء الفرنسى السابق عرضها. فقد نصت هذه المادة على أنه لا يحق لمن قام بعمل صورة لآخر أن يعرض أو يوزع أصلها أو نسخاً منها دون إذن من فى الصورة جميعاً، ما لم يتفق على خلافه. ونصت المادة المذكورة على أن لا يسرى هذا الحكم إذا كان نشر الصورة قد تم بمناسبة حوادث وقعت علنا، أو كانت تتعلق برجال رسميين أو أشخاص يتمتعون بشهرة محلية أو عالمية، أو سمحت بالنشر السلطات العامة خدمة للصالح العام. ومع

---

(١) راج: ستراسبورج ٤ مايو ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ ملخص ١٢.

(٢) راجع: باريس ٢ يونيو سنة ١٩٤٧ جازيت دى باليه ١٩٤٧-٢-٩١.

ذلك لا يجوز فى الحالة السابقة عرض صورة أو تداولها، إذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذى تمثله أو بسمعته أو اعتباره. وللشخص الذى تمثله الصورة أن يأذن بنشرها فى الصحف والمجلات وغيرها من وسائل النشر، حتى ولو لم يسمح بذلك المصور، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك.

وتسرى هذه الأحكام على الصور أيا كانت الطريقة التى عملت بها، من رسم أو حفر أو وسيلة أخرى»[١].

وتبين من هذا النص أن المشرع يحمى حق الإنسان على صورته بالقدر الكافى لحماية سمعته وخصوصيات حياته؛ كما أنه يأخذ بالتفرقة المعقولة بين الشخصية العامة، سياسيا أو فنيا أو أدبيا...، وبين الشخص العادى. كما افترض النص الموافقة الضمنية على النشر فى حالة التصوير فى مناسبة علنية، غير أن ذلك لا يجوز أن يؤدى إلى المساس بالشرف أو بالسمعة، وهو ما قضت به المحاكم الفرنسية منذ وقت طويل[٢].

---

(١) وهذا النص هو اعادة صياغة للنص المماثل الذى تضمنه القانون الملغى ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤.

(٢) راجع: محكمة السين ٣٠ ابريل سنة ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٦-٢-٣٧٦؛ و٣ أبريل سنة ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٣٩-٢-٢٢٤، وموسوعة داللوز (الطبعة الثانية) الملكية الأدبية والفنية رقم ٢١١.

المبحث الثانى

الحقوق الماليــــة

٥١- يقصد بالحقوق المالية تلك التى ترد على أشياء أو قيم تقوم بالنقود، بمعني أنها تترجم اقتصاديا. ويتنوع مجال هذه الحقوق إلى حد كبير. فبعضها ينصب على الأشياء المادية، كالعقارات والمنقولات بأنواعها المختلفة. وينصب بعضها الآخر على قيم لا ينطبق عليها وصف الشئ بالمعنى الصحيح. فحق الشخص على عمل الغير، الذى يترتب علي عقد العمل (التزام العامل، أو المهندس، أو الطبيب، أو الممثل السينمائى...) وحق المخترع على مخترعاته، وحق المؤلف على نتاج ذهنه... فكل هذه الحقوق ترد على أشياء غير مادية، ومع ذلك فإنها تتضمن جانبا ماليا لا شبهة فيه[1].

- وفى البحث عن معيار الوصف الاقتصادى تلتقى معظم الآراء الفقهية على أن الحق المالى هو الحق الذى يمكن تقييمه بالنقود. كما سلف القول. وما لا يستجيب لهذه الخاصة يخرج عن نطاق التعريف.

والأسلوب العادى لإعمال التقييم المشار إليه هو التركيز على الثمن عند انتقال الحق، أو على فرض انتقاله، من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر. لذلك، ومن حيث المبدأ، ترتبط الصفة المالية بقابلية الحق للتنازل عنه، وبدخوله فى

---

(١) ولا شك أن ورود الحق على شئ مادى أو على شئ غير مادى لابد وأن يؤثر على طبيعة الحق، ومدى ما يخوله من سلطات، فهذه الأخيرة تتسع فى الحقوق الواردة على الأشياء المادية وتضيق فى غير ذلك من الحقوق.

دائرة المعاملات القانونية. فالحقوق التى لا يجوز التعامل فيها هى عادة حقوق غير مالية.

وبالمقابل لذلك يعد حق الملكية المثل الواضح للحقوق المالية، إذ ترد عليه التصرفات القانونية بعوض (الثمن). وكذلك الحال بالنسبة للحق الشخصى (حق الدائنين) إذ يخول صاحبه سلطة اقتضاء ما يقيِّم بالمال من الطرف الآخر، كما يمكن التنازل عنه للغير مقابل ثمن محدد، وبالمثل بالنسبة لحقوق المؤلف فى استغلال مصنفه الأدبى أو العلمى أو الفنى ماليا.

- وعلى العكس، تقدم الحقوق اللصيقة بالشخصية المثل الواضح للحقوق غير المالية، ومنها ما يمثل جانبا أدبيا بحتا كالحق فى الاسم والشرف والسمعة.

غير أن من حقوق الشخصية ما يمكن فصله عن صاحبه بحيث يمكن اعتباره مكونا لميزة اقتصادية تقبل التنازل عنها أو التصرف فيها، أى يدخل فى نطاق المعاملات. ومن هنا وجدت بعض صعوبات للفصل بين نوعى الحقوق، المالية وغير المالية.

- فالحق فى النفقة مثلا يقبل التقييم الاقتصادى ذلك أن المحاكم تحدد قدر النفقة الواجبة على أساس عنصرين اقتصاديين: **الأول** حاجة الدائن المعيشية، **والثانى** هو قدر ثراء المدين. ذلك أن هذا الحق ليس حقا أدبيا

---

(١) راجع: مارتى ورينو، القانون المدنى، الجزء الأول، رقم ١٤٤؛ ستارك، القانون المدنى، المقدمة؛ رقم ١٦٧؛ كاربونيه، القانون المدنى، المقدمة (١٩٦٧)، ص ١٤٣، وكذلك الجزء الثالث (الأموال)، ص ١٦.

خالصا بل هو حق له هدف اقتصادى. ومن ناحية أخرى فإن القانون تقديرا منه لأهمية النفقة بالنسبة لصاحب الحق فيها لا يجيز التنازل عنها أو الحجز عليها، وبالتالى يباعد بينها وبين الجانب السلبى فى الذمة المالية، ومن هنا كان حق النفقة فى مركز وسط بين الحقوق المالية وحقوق الشخصية.

وإلى جانب ذلك توجد مكنات تقبل التقييم الاقتصادى ولكنها لا تدخل كعنصر فى الذمة المالية. فرغم أن الحق قد تكون له صفة مالية واضحة إلا أن ارتباطه بشخص صاحبه، من وجهة نظر المشرع، يحد من نتائج الوصف المالى (كتقييد قابليته للتصرف).

ومن الأمثلة الواضحة على هذا النوع الأخير من الحقوق، حقوق العمال فى التعويض عن انهاء الخدمة، والحقوق الناشئة من نظم التأمين الاجتماعى بالنسبة للمؤمن عليهم. ففى مثل هذه الحالات يضع المشرع قواعد لحماية الحق، تؤدى، رغم صفته المالية، إلى عرقلة تنفيذ الدائنين عليه، أو على الجزء الأهم منه، كما يقيد حرية صاحبه فى التصرف فيه[1].

وأخيراً، فإن الحقوق الصيقة بالشخصية ليست بعيدة تماما عن النطاق الاقتصادى. فالاسم بوصفه أحد مميزات الشخصية، لصيق بها، يمكن أن يستخدمه صاحبه عنوانا لمحل تجارى. وفى هذه الحالة يرد عليه التعامل المالى بوصفه اسما تجاريا. والحق فى الصورة، رغم كونه من الحقوق اللصيقة بالشخصية، يجيز لصاحبه أن يسمح لغيره بنشر الصورة لقاء مبلغ مالى.

---

(١) راجع: نيرسون Nerson، رسالة من ليون عن الحقوق غير المالية (١٩٣٩) خاصة ص ١١ ومابعدها، كاتالا Catala مقال بالمجلة الفصلية للقانون ١٩٦٦ ص ١٨٥ ومابعدها.

وبصفة عامة يسمح نظام المسئولية المدنية بالربط بين الحقوق اللصيقة بالشخصية وبين الجانب الاقتصادى فى الذمة المالية. فأى اعتداء على أحد هذه الحقوق يؤدى إلي نشأة حق فى التعويض للمضرور قبل الفاعل.

– ونعرض فيما يلى للفرعين الأساسيين من الحقوق المالية، وهى الحقوق الشخصية والحقوق العينية، ثم نعرض لأهمية التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى، وأخيرا للخلاف القائم حول طبيعة بعض الحقوق.

المطلب الأول

الحقوق الشخصية (حقوق الدائنية)

٥٢– تدور أحداث الحياة الاجتماعية بين الأفراد من خلال تصرفاتهم، ومن خلال ما يحدث بينهم من وقائع.

وبدءً من هذه التصرفات والوقائع تنشأ بين الأفراد روابط قانونية محددة، تحدث آثارا يرتبها النظام القانونى السائد. ويوصف قطاع من هذه الروابط بأنها روابط دائنية، ومفادها أن يصبح لأحد الأشخاص (الدائن) أن يقتضى أداء من شخص آخر (المدين). وتسمى العلاقة المذكورة برابطة الحق أو الدائنية أخذاً فى الاعتبار وجهها الايجابى. أما محل الرابطة فيتنوع بين اقتضاء عمل إيجابى، أو اقتضاء اعطاء شئ، أو اقتضاء امتناع عن عمل محدد.

ويترتب على التحديد الأخير أن الحقوق الشخصية لا تقع تحت حصر، فكل عمل أو امتناع يصلح أن يكون محلا للحق الشخصى، طالما توافرت فيه شروط الامكان والمشروعية القانونية. بمعنى ألا يكون محل الالتزام مستحيلا، وألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة.

صور الحقوق الشخصية: (اعطاء - عمل - امتناع عن عمل).

(١) اعطاء الشئ:

٥٣- يرد الحق الشخصى فى إحدى صوره على عمل يلتزم به المدين يتمثل فى اعطاء شئ. والمقصود بالاعطاء فى هذا الفرض الأول، هو نقل ملكية شئ محدد، كما هو الحال فى التزام البائع أو الواهب بنقل ملكية الشئ المبيع أو الموهوب. كما قد يتضمن الحق نقل أى حق عينى آخر من شخص إلى آخر، ويلاحظ أن تنفيذ الالتزام بالاعطاء قد يتم بقوة القانون وبمجرد التعاقد فى بعض الحالات، كما هو الحال فى الالتزام بنقل ملكية منقول معين بالذات. ففى هذا الفرض يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية تلقائيا، وبقوة القانون. أما إذا كان محل الالتزام منقول غير معين بالذات فإن المدين يلتزم بالافراز، لكى تنتقل الملكية. أما بالنسبة للعقارات فإن الملكية لا تنتقل فيها (سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير) إلا بالتسجيل، وبالتالى فإن العقد غير المسجل لا ينشئ سوي التزام بنقل الملكية يقتضى تنفيذه قيام المدين بالمساهمة فى اجراءات التسجيل. ويذهب جانب من الفقه إلى أن الالتزام باعطاء هو فى الحقيقة صورة من صور الالتزام بعمل، فحيث يلتزم المدين بالقيام بإجراء لنقل الملكية، كالافراز فى الأشياء غير المعينة بذاها، أو التسجيل فى العقارات، فإنه يلتزم بالقيام بعمل معين يلزم لكى تنتقل الملكية. ولكن انتقال الملكية فى ذاته يتم نزولا على مقتضى القانون، الذى يعطى الشئ للدائن، فالمدين لا يعطى شيئا.

(٢) الالتزام بعمل:

٥٤- إذا سلمنا أن الصورة السابقة تمثل الحالات التى تنتهى إلى نقل ملكية شئ من شخص إلى آخر، فإن هذه الصورة الثانية تمثل الأعمال التى لا

تؤدى إلى مثل النتيجة السابق الاشارة إليها.

لذلك يقصد بالالتزام بعمل، الالتزام المتعلق بنشاط المدين، كالتزام المقاول بالبناء، أو التزام الفناء بالغناء، أو الرسم، أو التزام العامل عموما بالقيام بالعمل المسند إليه، أو التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة.

وفى جميع الصور السابقة يتضمن الالتزام أداء ايجابياً.

(٣) الالتزام بالامتناع عن العمل:

٥٥- ويمثل الحالة التى يلتزم فيها المدين بالامتناع عن عمل أو نشاط معين، لذلك يسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام السلبى. ومن الأمثلة على هذا الالتزام التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل أثناء قيام رابطة العمل أو بعد انقضائها بمدة محددة، والتزام بائع المحل التجارى بعدم فتح مشروع منافس فى نطاق جغرافى معين، والتزام الفنان بعدم ممارسة العمل لدى شركات منافسة لمدة محدودة، والتزام المؤجر بعدم التعرض للمستأجر فى انتفاعه بالعين المؤجرة.

ففى جميع الصور السابقة يتضمن الالتزام امتناعاً عن عمل، وبالتالى تتحقق مسئولية المدين بمجرد القيام بالعمل الذى التزم بالامتناع عنه.

المطلب الثانى

الحقوق العينية

٥٦- الحق العينى هو الحق الذى يخول صاحبه سلطة مباشرة على شئ، والمقصود بالسلطة المباشرة أنه لا يوجد فى الحق العينى طرف سلبى (مدين) محدد بالذات. ويتخذ هذا التحديد الأخير منطلقا للمقابلة بين الحق العينى والحق الشخصى، فالحق الشخصى، رابطة بين شخصين محددين، في حين أن الحق العينى سلطة مباشرة على الشئ.

ويترتب على السلطة المباشرة، فى الحق العينى، أن يلتزم الكافة بالامتناع عن تعكير صفو الرابطة بين صاحب الحق وبين الشئ محل الحق من ناحية، وكذلك بالامتناع عن الاستيلاء على الشئ ذاته. ويعبر عن هذه النتيجة السابقة بالقول بأن الحق العينى حجة فى مواجهة الكافة. كما يعبر عنها بالقول بأن الحق العينى حق مطلق. غير أن هذا الوصف الأخير لا يعنى أن الحق يخول سلطات غير محدودة، بل يعنى فقط أن الحق لا يفرض التزاماً على عاتق مدين معين بالذات - على عكس الحال فى الحق الشخصى - بل يقتضى احترام الكافة.

وتنقسم الحقوق العينية إلى نوعين: حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية.

أولا: الحقوق العينية الأصلية:

(حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه)

١- حق الملكية:

٥٧- هو الحق الذى يخول للشخص أوسع السلطات على الشئ محل الحق، ذلك أن «لمالك الشئ وحده، فى حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه» (م ٨٠٢ من القانون المدنى). فحق الملكية يتضمن بالتالى سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف.

(أ) الاستعمال: ومفاده استخدام الشئ فيما أعد له، وذلك بأن يحصل المالك على منافع الشئ لما يلزمه، كسكنى الدار أو ركوب السيارة. ويلاحظ فى هذا المقام أن استعمال الشئ لا ينصرف إلى الحصول على ثمار الشئ، فالحصول على هذه الأخيرة يدخل فى نطاق الاستغلال لا الاستعمال، ومن ناحية ثانية فإن استعمال الشئ فيما أعد له لا ينقص من جوهر محل الحق، ذلك أن أى اجراء ينقص من مادة الشئ محل الحق يدخل فى نطاق التصرف لا الاستعمال.

ويترتب على التحديدات السابقة بعض النتائج المنطقية. منها أن ممارسة سلطة الاستعمال لا تتصور إلا على الأشياء التى تقبل الاستعمال المتكرر (الأشياء غير القابلة للاستهلاك) دون مساس بمادتها، أما الأشياء التى تهلك باستعمالها للمرة الأولى (الأشياء القابلة للاستهلاك) فإن الاستعمال بالنسبة لها يعنى التصرف فيها (النقود والطعام).

(ب) الاستغلال: ومفاده الحصول على ما يدره الشئ من ثمار، وتنقسم الثمار إلى نوعين: ثمار مادية وثمار مدنية.

والثمار المادية، هى ما ينتجه الشئ من نتاج طبيعى بدون تدخل الإنسان كالكلأ ونتاج الحيوانات؛ وما ينتجه الشئ بتدخل الإنسان، كمحصول الأرض التى يتم زرعها.

أما الثمار المدنية، فتمثل الريع الناتج كمقابل لتمكين الغير من منفعة الشئ وهى دائما مبلغ من المال يتخذ صورة الأجرة، ويتحقق هذا الفرض عندما يؤجر المالك لآخر أرض زراعية أو مبان لقاء أجر يتفق عليه.

(جـ) التصرف: ومفاده أن يكون لصاحب الحق أن يتصرف فيه تصرفا ماديا أو تصرفا قانونيا، **والتصرف المادى** يكون بتغيير مصير الشئ ماديا بالاعدام أو بالاضافة أو الانتقاص، كهدم المنزل أو تعليته أو ازالة جزء منه... الخ.

أما التصرف القانونى فيتحقق بنقل الملكية، كلياً أو جزئياً، إلى الغير، أو تقرير حق عينى لهذا الغير على الشئ. ومن قبيل التصرفات القانونية، البيع، الهبة، المقايضة، تقرير حق الارتفاق.

- وإذا توافرت السلطات الثلاث لشخص واحد كانت له على الشئ الملكية كاملة غير منقوصة لا يزاحمه فيها أحد.

غير أن المالك قد يتخلى عن واحدة أو أكثر من تلك السلطات لشخص آخر فتتجزأ الملكية بين المالك وذلك الغير، ومع هذه التجزئة يصبح للغير حقا

عينيا مستقلا عن حق المالك، ومن هنا كانت الحقوق العينية الأخرى - غير حق الملكيـة كـامـلا - أجـزاء من حق الملكيـة. والحـقـوق العـينيـة الأخـرى هى حق الانتفاع، حق السكنى، حق الحكر، حق الارتفاق.

٢- حق الانتفاع:

٥٨- قد يخول المالك للغير سلطة استغلال الشئ واستعمـاله، وبالتالى يتخلى المالك عن عنصرين من أهم عناصر حق الملكية، ولا يستبقى منها سوى سلطة التصرف.

ويترتب على هذه الصـورة من صـور التـجـزئة أن حق المالك يرد على مـا يسمى الرقبة فقط، بما يعطى له الحق فى التصرف القانونى الذى لا يخل بحقوق المنتـفع، ويخول حق الانتـفـاع للمنتفع سلطة القيـام بالأعـمـال اللازمة للحـصـول على ثمار الشئ مادية كانت أو مدنية.

ويتميز حق الانتفاع بعدة خصائص أهمها:

- أنه يتـقـرر عـادة لمدى حياة المنتـفـع، وينقـضى بالتـالى بوفـاته، غـيـر أنه ليس هناك ما يمنع قانونا من تحديد مدة معينة ينقضى عند انتهائها الحق أثناء حياة المنتفع[١].

- أن لحق الانتفاع طابعا شخصيا، فهو يتقرر لاعتبارات شخصية تراعي فى المنتـفع، لذلك ينقـضى الحق دائما بوفـاة المنتفع، ولا ينتقل إلى الورثة حتى

---

(١) يلاحظ أن المادة ٩٨٥ مدني قد نصت على سقوط الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر سنة (ويسرى ذات الحكم على حقوق الاستعمال والسكنى والارتفاق والحكر).

ولو حدثت الوفاة قبل حلول الأجل المضروب فى اتفاق تقرير الحق.

- ان التصور التقليدى لحق الانتفاع أنه دائما حق عينى يرد على شئ ولكن بعض الفقه الحديث يلاحظ أن الانتفاع يمكن أن يرد على حق شخصى[١]، ومن قبيل ذلك أن يقرر الدائن للغير الانتفاع بحقه قبل المدين. ويتصور هذا الفرض عندما يكون الدين منتجا لفوائد، ومن مقتضى الانتفاع فى هذه الحالة أن يكون للدائن أصل الدين ويكون للمنتفع الحق فى الحصول على الفوائد.

ويترتب على هذا التصور الجديد أن يصبح حق الانتفاع أحد وسائل تجزئة الحق الشخصى أيضا.

٣- حق الاستعمال وحق السكنى:

٥٩- قد لا يمنح المالك للغير سوى سلطة الاستعمال فقط دون سلطة الاستغلال، وفى هذه الحالة تقتصر قدرة المستفيد على استخدام الشئ فيما يسد حاجته وحاجة أسرته، بحيث لا يجوز له الحصول من ثمار الشئ على ما يجاوز ذلك.

وقد يحدد سند تقرير الحق قدر الاستعمال على صورة محددة بالذات وهى الحق فى السكني بالنسبة للدور مثلا، وفى هذه الحالة يمتنع على المستفيد من الحق أن يستخدم الدار فى غرض آخر، بأن يجعله مخزنا أو متجرا مثلا.

وتعتبر حقوق الاستعمال والسكنى من الحقوق المؤقتة التى يراعى فيها

---

(١) راجع: Francon، مقال عن حق الانتفاع بالحقوق الشخصية فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٧.

شخصية من تقررت له، وبالتالى فهى تنتهى بأقرب الأجلين: موت المستفيد أو حلول الأجل المتفق عليه. ويترتب على الطبيعة الشخصية أو العائلية للحقوق السابقة أنها لا تقبل التصرف فيها للغير سواء بالبيع أو بالهبة أو بالتأجير.

ويرتب القضاء على هذه الخاصية عدم قابلية الحقوق المذكورة للحجز عليها[١]. كما يقرر بعض الفقه أن تلك الحقوق لا تدخل فى الذمة المالية بحكم خروجها عن دائرة التعامل[٢].

٤- حق الحكر[٣]:

٦٠- وهو حق يتقرر لشخص على أرض الغير فى مقابل التعهد باصلاح الأرض بالبناء عليها، أو غرسها، أو زرعها، ودفع أجرة لا تقل عن أجرة المثل، وهو حق لا يرد سوى على أراضى الوقف.

ويخول هذا الحق لصاحبه سلطة الانتفاع بالأرض طوال مدة الحق، كما تبقى له فى هذه الأثناء ملكية ما يقيمه على الأرض من بناء أو غراس.

ويتميز حق الحكر كما نظمه القانون المدنى (مواد ٩٩٩ ومابعدها)، بعدة خصائص:

- أنه لا يتقرر إلا على أرض موقوفة.

- أنه حق مؤقت، فمدته لا تتجاوز ٦٠ سنة، وإذا توفى المستفيد قبل هذا الأجل انتقل حقه إلى الورثة.

---

(١) مونبيلييه فى ٢٠ يناير عام ١٩٢٥ فى داللوز الأسبوعى ١٩٢٥-٢٦٢.

(٢) ب. ستارك، القانون المدنى (١٩٧٢)، الجزء الأول، المقدمة، ص ٨٩.

(٣) لذلك تراجعت أهمية حق الحكر بصدور القانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الأوقاف الأهلية، مما أدى إلى انهاء الأحكار المترتبة عليها. ثم صدر القانون رقم ٣٤٦ لسنة ١٩٥٢ فأجاز لوزير الأوقاف انهاء الأحكار الواردة على الأوقاف الخيرية إذا اقتضت المصلحة ذلك.

- أن حق الحكر لا يتقرر إلا بناء على إذن المحكمة، ولضرورة أو مصلحة تقدرها.

- أن يصدر بالحق عقد رسمى يتم شهره وفقا لأحكام قانون الشهر العقارى.

٥- حق الارتفاق:

٦١- ويعرف بأنه تكليف، أو عبء يتقرر على عقار معين لمصلحة عقار آخر[١]. ويسمى العقار الأول بالعقار الخادم، ويسمى الثانى بالعقار المخدوم.

والارتفاق لا ينشأ إلا بين عقارين مملوكين لشخصين مختلفين مع بقاء هذا الوضع قائماً (م ١٠١٧ مدنى) ذلك أن حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى لا ينشأ من وقت تملك المالك الأصلى العقارين وجعله أحدهما يخدم الآخر واقامة بينهما علاقة ظاهرة من شأنها أن تنشئ بينهما علاقة تبعية، وإنما ينشأ هذا الحق من وقت أن يصبح العقارين مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما على هذا الوضع[٢].

والأصل أن حق الارتفاق غير مؤقت، حيث يبقى ما بقى العقاران، وينتقل إلى الورثة مع انتقال الملكية. ولكن الحق قد ينقضى بانقضاء مدة معينة إذا اتفق على ذلك[٣]. ومن أمثلة حقوق الارتفاق ارتفاق الصرف، والرى، والمرور، عدم التعلية.

---

(١) لايقوم الارتفاق إلا إذا كان العقاران مملوكين لشخصين مختلفين.

(٢) نقض مدنى ١٥/٤/١٩٨٠ المدونة الذهبية - ١٠٠ رقم ١٥٢.

(٣) أو إذا انتهت الحاجة إليه، أو سقط لعدم الاستعمال.

ثانيا: الحقوق العينية التبعية:

٦٢- يتوقف استيفاء الدائن لحقه الشخصى على سلوك المدين ومدى يساره، ويؤدى هذا الوضع إلى تعرض الدائن لمخاطر تعنت المدين أو اعساره. ومع هذه المخاطر فإن الدائن لا يملك سوى الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم يقوم بتنفيذه على أموال المدين. ولكن الدائن قد يجد المدين معسرا، وعلى أحسن الفروض فإنه يتعرض لمزاحمة الدائنين الآخرين، فإذا تبين أن أموال المدين لا تكفى للوفاء بجميع ديونه، فإن هذه الأموال تقسم بين الدائنين قسمة غرماء، بمعنى أن توزع ثروة المدين عليهم بحسب نسبة دينه إلى ديون الآخرين، نزولا على مقتضى المساواة بينهم.

والدائن اليقظ، من بين أصحاب الحقوق الشخصية، هو ذلك الذى يسبق غيره فى اتخاذ الاحتياطات اللازمة لضمان استيفاء حقه كاملا. ويتمثل هذا الضمان فى الحصول على حق عينى يتقرر على مال معين من أموال المدين يخول له قدرة استيفاء حقه من ثمن هذا المال، بالأولوية على غيره من أصحاب الحقوق الشخصية الآخرين.

ويسمى حق الضمان، المشار إليه، **بالحق العينى التبعى**. وهو يتخذ صفة العينية من كونه سلطة تتقرر للدائن على مال معين[1]. ويتخذ صفة

---

(١) قد يتقدم شخص آخر غير المدين، لضمان ما على المدين من التزام، فيضم ذمته إلى ذمة المدين، فيكون للدائن حق الضمان لا على جميع أموال المدين فحسب، بل وعلى جميع أموال الضامن (وتسمى هذه الصورة بالكفالة الشخصية) - غير أن الضامن قد يقدم مالا معينا من أمواله لضمان الدين، وفى هذا الفرض يسمى الضمان بالكفالة العينية.

التبعية لأنه يتقرر ضمانا لحق آخر (الحق الشخصى) فهو لا يقوم لذاته، وبالتالى فإذا انقضى الحق الشخصى بالوفاء أو بالتقادم مثلا، انقضى الحق العينى التبعى. غير أن الحق العينى التبعى كما ينشأ عن طريق الاتفاق، فقد يتقرر بحكم قضائى يصدر لصالح الدائن، وقد يقرره القانون مباشرة تقديرا لأهمية بعض أنواع الحقوق الشخصية.

وسنعرض فيما يلى وبايجاز لصور الحقوق العينية التبعية المختلفة:

١- الرهن الرسمى:

ينشأ الرهن الرسمى بين الدائن والمدين **بمقتضى عقد رسمى** (فهو عقد شكلى) يقوم بتحريره الموظف المختص بمكتب التوثيق، **ويرد على العقار دون المنقول**، وتبقى فيه الحيازة للمدين الراهن، ولا يحتج به على الغير إلا إذا تم قيده فى الشهر العقارى ويخول للدائن سلطة التقدم فى استيفاء حقه قبل غيره من الدائنين العاديين والمرتهنين اللاحقين عليه فى القيد. كما يخول للدائن المرتهن سلطة تتبع العقار فى أى يد تكون طالما أن قيد الرهن قد تم قبل انتقال ملكية هذا العقار إلى الغير.

وشرط الرسمية السالف ذكره هو شرط لانعقاد الرهن الرسمى، فلا تقوم للرهن قائمة بغير هذه الشكلية المطلوبة قانوناً.

٢- الرهن الحيازى:

وينشأ بدوره بمقتضى الاتفاق، ولا يشترط أن يتم هذا الاتفاق فى ورقة رسمية، بل يكفى أن يتراضى الدائن والمدين على انشاء الحق (فهو عقد

رضائى). ويرد هذا الرهن الحيازى على العقار والمنقول على حد سواء، ويجب أن تنتقل فيه حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن (الذى يلتزم بإدارته والمحافظة عليه واستثماره لحساب المالك). وقد تسند هذه المهمة (الحيازة) لشخص ثالث يختاره الطرفان.

ويخول الرهن الحيازى للدائن سلطة التقدم والتتبع (على النحو الذى أشرنا إليه فى صدد الرهن الرسمى) ولكنه لا يكون نافذا فى حق الغير إلا إذا توافر شرطان:

الشرط الأول: انتقال الحيازة إلى الدائن[1] كما سلف القول. وهذا الانتقال هو الذى يسمح للدائن أن يحبس المال المرهون إلى أن يستوفى حقه (فضلا عن سلطتى التقدم والتتبع).

الشرط الثانى: يتوقف على نوع المال الذى يرد عليه الرهن، **فإن كان عقاراً وجب قيده فى الشهر العقارى، وإن كان منقولا مادياً وجب اثباته فى ورقة ثابتة التاريخ**. وفى كلتا الحالتين تتحدد مرتبة الرهن من تاريخ قيده أو منذ التاريخ الثابت.

٣- حق الاختصاص:

وهو حق عينى تبعى ينشأ بمقتضى أمر قضائى، ويرد على العقارات فقط

---

(١) وقد يتفق الطرفان على انتقال الحيازة إلى شخص ثالث يسمى العدل. ويخول الرهن الحيازى للدائن مكنة الانتفاع بالمال المرهون ويوجب عليه استثماره، على أن يخصم ما استفاده من هذا الاستثمار من قيمة الدين المضمون بالرهن.

(كالرهن الرسمى) ويشترط لكى يصدر القاضى أمره بتقرير الحق على عقار المدين أن يكون بيد الدائن حكم واجب النفاذ. وتبقى حيازة العقار، رغم صدور الأمر، للمدين، فلا تنتقل للدائن، ويجب على الدائن المستفيد أن يقوم بقيد الأمر فى الشهر العقارى حتى يمكن الاحتجاج به على الغير، من تاريخ هذا القيد. ويخول حق الاختصاص لصاحبه مكنتى التقدم والتتبع. وتطبق على حق الاختصاص كافة القواعد الخاصة بالرهن الرسمى فيما لم يرد به أحكام خاصة (م ١٠١٠ مدنى).

٤- حق الامتياز:

يقدر القانون أن هناك من الديون ما يحتاج إلى رعاية خاصة، نظراً لصفة فيها (كديون النفقة وديون الخزانة العامة...) فيقرر لهذه الديون أولوية تضمن لأصحابها ميزة التقدم على غيرهم من الدائنين حال تزاحمهم. وتنشأ حقوق الامتياز بمقتضى نصوص قانونية، وتقسم إلى قسمين: **حقوق الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة.**

وترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من عقار ومنقول. فيجوز للدائن أن ينفذ على أى مال منها، لاستيفاء حقه، ولكن التنفيذ، المشار إليه، لا يجوز إلا بالنسبة للأموال القائمة فى ذمة المدين عند اجرائه، ذلك أن **حقوق الامتياز العامة تخول لصاحبها ميزة التقدم دون التتبع، ولا يشترط قيدها للاحتجاج** بهذه الحقوق على الغير ولو وردت على عقار. ومن أمثلتها امتياز المصروفات القضائية، وامتياز دين النفقة، وامتياز حقوق الأجراء.

أما **حقوق الامتياز الخاصة** فإنها تتقرر على مال معين - عقارا كان

أم منقولا - من أموال المدين، وتخول لصاحبها مكنتي التقدم والتتبع، ومن أمثلتها امتياز بائع العقار، وامتياز المقاول والمهندس، وامتياز المؤجر. وإذا تقرر حق الامتياز على عقار سمى الامتياز الخاص العقارى، وفى هذه الصورة لا ينفذ الحق فى مواجهة الغير إلا إذا تم شهره بطريق القيد. وإذا تقرر الحق على منقول سمى بالامتياز الخاص المنقول، وفى هذه الصورة لا يحتج بحق الامتياز على من انتقل إليه حيازة المنقول وكان حسن النية.

ويلاحظ أنه إذا تعددت حقوق الامتياز قبل مدين معين فإن القانون هو الذى يحدد مرتبة هذا الحق بالنسبة لسائر الحقوق الممتازة الأخرى. فإذا تساوت فى المرتبة كانت جميعا فى مرتبة واحدة بحيث تستوفى بنسبة كل منها إلى الحقوق الأخري. وأخيراً فإن حقوق الامتياز العامة تتقدم على غيرها ولو كانت على عقار، وذلك رغم أنها غير خاضعة لنظام الشهر ولو وردت على عقار ورغم أنها لا تخول الدائن سلطة التتبع.

المطلب الثالث

اهمية التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى

٦٣- يرتب الفقه على التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى آثاراً متعددة أهمها ما يلى:

١- أن الحق العينى سلطة مباشرة للشخص على شئ، ومن مقتضي هذا التعريف منطقيا أن هذا الحق لابد أن يرد علي شئ محدد بالذات. فلابد في حق الملكية، أو أى حق من الحقوق المتفرعة عنه، من تحديد محله، أما إذا نشأت

رابطة قانونية، بصدد شئ غير محدد بالذات، فإن هذه الرابطة لا ترتب سوى حق شخصى، فإذا باع زيد لعمر كمية من الغلال، غير مفرزة، فإن العقد لا ينشئ سوى التزاماً شخصياً على عاتق البائع بالافراز. فإذا تحقق الافراز، وتحدد الشئ المبيع، انتقلت الملكية ونشأ الحق العينى.

ويلاحظ أن هذا الفارق الأولى يتسق تماما مع الاختلاف فى تعريف كل من الحقين العينى والشخصى.

٢- أن صاحب الحق العينى يمارس تسلطه على الشئ مباشرة (دون وساطة من أحد، ويتمتع الحق باحترام الكافة قانونا. أما الحق الشخصى فإن ممارسته لا تتم إلا عن طريق تدخل المدين[١]، وهو لا يحتج بحقه إلا فى مواجهة هذا الأخير فحسب.

لذلك يقال إن الحق العينى حق مطلق، فى حين أن الحق الشخصى حق نسبى. فالأول يخول صاحبه مكنة رفع الدعوى لصد الاعتداء الذى يقع من أى شخص، ولو لم تربطه بصاحب الحق رابطة قانونية سابقة. فى حين أن الثانى لا يخول لصاحبه سوى سلطة الادعاء فى مواجهة مدينه.

٣- يخول الحق العينى صاحبه سلطة تتبع الشئ فى أى يد يكون وتبدو أهمية هذه الميزة فى حالة انتقال الشئ إلى حيازة الغير بدون موافقة صاحب الحق، فبمقتضى هذه السلطة يستطيع المالك أن يسترد الشئ ممن اغتصبه أو سرقه، كما يستطيع صاحب حق الانتفاع بمقتضاها أن يباشر مكنات حقه فى

(١) عبد المنعم البدراوى، مبادئ القانون، رقم ١١٤، ص ٢٨٤.

حالة تصرف المالك فى الرقبة إلى شخص آخر، ويتمتع بذات الميزة صاحب الحق العينى التبعى، وبمقتضاها يستطيع أن ينفذ على الشئ الذى ورد عليه حقه تحت أى يد يكون.

- أما بالنسبة للحق الشخصي فإنه لا يخول لصاحبه سلطة التتبع، حتى ولو تعلق الحق بشئ ما، فإذا تعاقد شخص على شراء كمية من الغلال، دون أن تتحدد الكمية بذاتها فلن يكون للمشترى سوى أن يطالب البائع بتعيين الكمية المبيعة وتسليمها، فإذا حدث أن باع المتعاقد كل ما لديه إلى شخص آخر فلن يكون للمشترى سلطة التتبع لأنه ليس صاحب حق عينى[١].

غير أن ميزة التتبع تتوقف، في بعض الحالات، على ضرورة اتخاذ إجراء محدد هو الشهر، وذلك بالنسبة للحقوق العينية التبعية، فلكى يتمسك صاحب حق الرهن الرسمى بمكنة التتبع لابد أن يكون قد أشهر حقه وفقاً للأوضاع القانونية المقررة[٢].

ومن ناحية ثانية قد تتعطل ميزة التتبع لضرورة يقدرها النظام القانوني وهو ما تقرر بالنسبة للمنقولات. فالحيازة فى المنقول سند الحائز إذا توافر له حسن النية. ومن مقتضى هذه القاعدة أن مالك المنقول لا يستطع أن يتتبع الشئ تحت يد الحائز حسن النية ومرد هذه القاعدة أن القانون قد اعتبر الحائز حسن النية مالكا شرعيا للمنقول، وبالتالى يفقد المالك الحقيقى «السابق» سلطته فى تتبع الشئ[٣].

---

(١) جلال العدوى وتوفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٢) أحمد سلامة، المرجع السابق، رقم ١٦٤.

(٣) محمد على عرفه، مبادئ العلوم القانونية (الطبعة الثالثة) صفحة ٣٤٠.

وأخيراً فقد تتعطل مكنة التتبع نتيجة لما قد يقرر القانون من قواعد تستهدف حماية الأوضاع الظاهرة، كما فى حالة تحصين تصرفات الوارث الظاهر فى مواجهة الوارث الحقيقى فى بعض الحالات[١].

٤- أن الحق العينى يكفل لصاحبه ميزة التقدم أو الأفضلية، ومفادها أن الحقوق العينية لا تتزاحم، على ذات الشئ الواحد، ولكنها تتتابع «فيأتى بعضها فى أثر بعض»[٢].

وتبدو هذه الميزة واضحة فى صدد الحقوق العينية التبعية، فالحق العينى التبعى يخول صاحبه ميزة الأفضلية فى استيفاء دينه قبل غيره من الدائنين العاديين وقبل الدائنين الممتازين التالين له فى المرتبة (اللاحقين فى مرتبة الشهر).

أما بالنسبة للحق العينى الأصلى فيمكن فى رأى البعض[٣] القول أيضاً بتوافر الأفضلية المذكورة، وذلك بالنسبة لتزاحم التصرفات التى يتعين تسجيلها لنقل الملكية. ففى حالة بيع ذات العقار لأكثر من شخص تكون الأفضلية لمن سبق إلى تسجيل سند شرائه، ويتحقق ذات الوضع عند تزاحم أصحاب الحقوق العينية الأصلية الأخرى مثلا حقوق الانتفاع وحقوق الارتفاق[٤].

---

(١) أحمد سلامة، الموضع السابق.

(٢) محمد على عرفة، المرجع السابق ص ٤٤١.

(٣) محمد عرفة، الموضع السابق.

(٤) محمد على عرفه، الموضع السابق، وراجع جلال العدوى وتوفيق فرج، المرجع السابق، ص١٦٦.

- أما بالنسبة للحقوق الشخصية فلا أفضلية للدائن فى مواجهة الآخرين عند التزاحم. فالجميع فى مرتبة واحدة يقتسمون أموال المدين قسمة غرماء بغض النظر عن أسبقية بعض الحقوق على الأخرى.

٥- أن التنازل عن الحق الشخصى عن طريق الابراء يقتضى فى بعض التشريعات (كالقانون الفرنسى) موافقة المدين ويرجع السبب في هذه القاعدة إلى أن الحق الشخصى هو رابطة بين الدائن والمدين، فلا يجوز للدائن فيها أن يتنازل عن حقه بغير رضاء الطرف الآخر، أما بالنسبة للحق العينى فإن انتفاء الطرف السلبى المحدد، واعتبار هذا الحق سلطة مباشرة على الشئ، تتحقق بغير وساطة شخص معين، يؤدى إلى امكان التنازل عن الحق بترك الشئ دون توقف على إرادة أحد[1].

٦- أن الحقوق الشخصية لا تقع تحت حصر. فأى عمل، أو امتناع عن عمل، يمكن أن يكون محلا للحق الشخصى، مادام الأمر لا يخالف النظام العام والآداب العامة، لذلك تتعدد الحقوق الشخصية بتعدد صور النشاط الإنسانى.

أما بالنسبة للحقوق العينية، فقد أوردها القانون المدنى وفق نماذج محددة هى الملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى المتفرعة عنه، ولكل حق من هذه الحقوق مضمون محدد قانوناً. ويرتبط بهذا الحصر، فى نماذج الحقوق العينية، وذلك التحديد فى مضمونها، مسائل يعتبرها بعض الفقه متعلقة بالنظام العام،

---

(١) مارتى ورينو، المرجع السابق، رقم ٣٠٦، ص ٤٨٥، ٤٨٦، أحمد سلامة، الموضع السابق، فى القانون المدنى المصرى لا تشترط موافقة المدين لتمام الابراء، فهو يؤدى إلى انقضاء الالتزام بوصوله إلى علم المدين، ومع ذلك فللمدين أن يرده (م ٣٧ مدني).

لارتباطها بحسن استثمار الأشياء وبنظام الائتمان فى المجتمع، **لذلك يرى هذا الفقه** أن هذه الحقوق قد وردت على سبيل الحصر، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على انشاء نماذج أخرى جديدة[(١)].

ويدعم هذا الاتجاه رأيه باعتبار يتعلق بالصفة المطلقة فى الحق العينى، فهذا الحق يحتج به، فى مواجهة كافة الناس. وهذا الأمر الخطير لا يجوز ترتيبه إلا فى الحدود التى أرادها المشرع[(٢)].

ويذهب الرأى الثانى[(٣)] إلى أن الحقوق العينية لم ترد فى القانون على سبيل الحصر، ولا مانع من الاتفاق على أسلوب لتجزئة الملكية غير ما نص عليه القانون المدنى، والقيد الوحيد الذى يرد على إرادة الأفراد فى هذا

---

(١) من الصور التى تؤدى إلى تجزئة الملكية، على نحو لا يتفق مع النماذج المحددة فى القانون المدنى، أن يتفق البائع مع المشترى على الاحتفاظ لنفسه بحق الصيد فى الأرض المبيعة بصفة مستديمة، أو أن يتنازل المالك عن محصول أرضه لشخص معين لسنوات عديدة، أو أن تشترط شركة لتقسيم الأراضى على المشترين أن يتم البناء وفقا لمواصفات لا يجوز الخروج عليها، أن يتفق مقاول للنقل النهرى مع شخص له أرض تطل على النيل على أن يعد الثانى للأول مرسى للمراكب يتم فيه الشحن والتفريغ بصفة مؤبدة... الخ. فمثل هذه الاتفاقات تمثل نماذج غير مألوفة لتجزئة الملكية وتخرج عن الصور الواردة فى القانون المدنى، راجع محمد على عرفة، المرجع السابق ص ٣٦٢.

(٢) راجع، جلال العدوى وتوفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٦٦، ١٦٧، وراجع فى الموضوع عبدالحى حجازى، السابق رقم ٢٦٢ ص ٢٥٠ ومابعدها؛ عبد الودود يحيى، دروس فى مبادئ القانون، ١٩٧٦، ١٩٧٧، ص ٢٩٢، محمد على عرفة، المرجع السابق ص ٣٦٢ ومابعدها وDeruppe رسالة عن الطبيعة القانونية لحق المستأجر والتفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية (تولوز عام ١٩٥٢) خاصة فقرة رقم ٢١ ومابعدها.

(٣) راجع ما أشار إليه محمد عرفه، الموضع السابق.

الشأن هو قيد النظام العام، ففى حدود عدم التعارض مع النظام العام يعد كل ما ليس بمحظور جائز.

ونعتقد أن أبعاد الخلاف السابق محدودة إلى حد كبير، فالتعداد الوارد فى القانون للحقوق العينية يغطى صور الانتفاع بالمال على نحو يتعذر معه اقرار حقوق أخرى، أما الأمثلة التى ذكرت لصور ممكنة لتجزئة الملكية، على نحو لم يرد فى القانون، فيمكن ردها إلى أحد الصور القانونية، غاية الأمر أنها قد ترتبط بوصف يخالف ضرورة منطقية أو قانونية. وفى مثل هذا الفرض يسقط الوصف ويبقى الحق قائما علي النحو المتفق مع النماذج القانونية المقررة. فمثلا لا يستقيم تقرير حق الانتفاع بصفة مؤبدة مع منطق الملكية، لأن جوهر الملكية يقوم على الجمع بين ملكية الرقبة والانتفاع، فإن حدث فصل بينهما، فلابد أن يكون هذا الفصل مؤقتا بالضرورة.

المطلب الرابع

الخلاف حول طبيعة بعض الحقوق

البند الأول

حق المستأجـــــر

٦٤- يلتزم المستأجر فى عقد الايجار، بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. غير أن التمكين من الانتفاع لا يمثل محلا لالتزام واحد ومحدد بل يمثل حصيلة نهائية لمجموعة من الالتزامات، التى يفرضها القانون على عاتق المالك: كالتزام بالتسليم، والالتزام بضمان التعرض، والالتزام بضمان العيوب الخفية. وتتضافر هذه الالتزامات جميعا لتمكين المستأجر من الانتفاع، على

الوجه المقصود من الاتفاق. وفى مقابل هذه الالتزامات يلتزم المستأجر بعدة التزامات أهمها الالتزام بدفع الأجرة[١].

ويظهر من صياغة مضمون الرابطة بين المؤجر والمستأجر، على النحو السابق، أن عقد الايجار ينشئ مجرد التزامات شخصية ويخول للمستأجر بالتالى، حقاً شخصياً، وليس حقاً عينياً.

غير أن التطورات التشريعية الحديثة خاصة فى ظل القوانين الخاصة، التى تحمى مستأجر الأراضى الزراعية والأماكن المبنية، قد أدت إلى التساؤل حول بقاء الصفة الشخصية لحق المستأجر، وما إذا كان قد تحول إلى حق عينى.

الرأى القائل بالطبيعة العينية لحق المستأجر:

٦٥- يذهب رأى فى الفقه الحديث[٢] إلى أن حق المستأجر قد أصبح حقا عينيا ويستند ترجيح الطبيعة العينية إلى حجج عديدة نخص منها ما يلى:

١- أن حقوق المستأجر - فى ظل القوانين الخاصة - قد أصبحت على قدر

---

(١) فضلا عن الالتزامات الأخرى التى تقع على عاتق المستأجر وهى: الالتزام بوضع منقولات فى العين المؤجرة ضمانا للوفاء بالأجرة، الالتزام بالمحافظة على العين المؤجرة وما يترتب عليه من التزام المستأجر باخطار المؤجر بكل ما يستوجب تدخله، والتزامه بالترميمات التأجيرية، والتزامه بعدم تغيير وجه الانتفاع بالعين، والالتزام بعدم اجراء تعديلات جوهرية فى المكان المؤجر.

(٢) راجع فى الموضوع: سليمان مرقص، شرح القانون المدنى، عقد الايجار (١٩٦٨) رقم ٢٣٥ ومابعدها ص ٥٢٥ ومابعدها، عبد المنعم البدراوى، الايجار والتأمين (١٩٦٨) ص ١٠٨ ومابعدها، مصطفى الجمال، التنظيم القانونى للايجار (محاضرات ١٩٦٧) ص ١٨٠ ومابعدها.

من التأكيد والقوة بحيث تخول المستأجر على الشئ سلطات واسعة يستطيع بمقتضاها أن يستعمل الشئ وأن يحصل على ثماره بل أن يستغله فى بعض الحالات. ويترتب على هذا المعنى أن يصبح المستأجر فى مركز قانونى شبيه بمركز المنتفع، وطالما أن هذا الأخير يتمتع بحق عينى فلا معنى لتجريد حق المستأجر، بدوره، من هذه الطبيعة. بل ان حق المستأجر قد أصبح أكثر قوة من حق المنتفع من بعض الزوايا، فقد ترتب على قاعدة الامتداد القانونى لعقد الايجار - فى ظل القوانين الخاصة - أن أصبح حق المستأجر غير محدد بمدة معينة فى حين أن حق المنتفع ينتهى بأقرب أحد أجلين. وفاة المنتفع، أو انقضاء المدة المحددة فى سند تقرير الحق.

٢- أن المادة ٦٠٤ من القانون المدنى تنص على أنه «إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبراً إلى شخص آخر فلا يكون الايجار نافذا فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية». وتنص المادة ٢٢ من قانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩، فى شأن ايجار الأماكن المبنية، على أنه استثناء من حكم المادة ٦٠٤ مدنى «تسرى عقود الايجار القائمة على المالك الجديد للعقار ولو لم يكن للايجار تاريخ ثابت بوجه رسمى سابق على انتقال الملكية». ويستفاد من هذه النصوص أن عقد الايجار ينفذ فى حق المشترى إذا كان سابقا على انتقال الملكية - سواء ثبتت هذه الأسبقية بطريق رسمى (م٦٠٤) أو بأى طريق آخر - م ٢٢ من قانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩[١] وهو مايفيد أن للمستأجر ما يشبه الحق العينى الذى يخوله سلطة تتبع الشئ المؤجر

---

(١) راجع: نص المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧.

فى أى يد تكون. وكذلك الحال فى القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١[(١)].

٣- تنص المادة ٤٠٨ من قانون المرافعات على أن تنفذ عقود الايجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فى حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه.

ويؤكد هذا الحكم بدوره أن حق المستأجر لا يتأثر بقيام دائنى المؤجر بتوقيع الحجز على العين المؤجرة، وهو ما يمثل خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين والمستأجرين. وبالتالى يفيد أن المستأجر ليس مجرد دائن بحق شخصى. ويضيف أنصار «العينية» أن هذا الوضع يضيف إلى حق المستأجر ميزة الأفضلية، فإذا أضفنا إليها ما سبق قوله من تمتع المستأجر بميزة التتبع أصبح للمستأجر ميزتى الأفضلية والتتبع وهما من خصائص الحق العينى[(٢)].

وقد فند أنصار الطبيعة الشخصية لحق المستأجر الحجتين السابقتين بالقول بأن نفاذ عقد الايجار فى حق المشترى وفى حق الدائنين الحاجزين، يعود إلى أسباب تاريخية، ففى ظل القانون المدنى الفرنسى القديم لم يكن عقد الايجار ينفذ في حقهم إلا إذا نص على ذلك صراحة فى العقد، وعندما أصبح هذا الشرط دارجا نقله المشرع إلى حيز النصوص القانونية، وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الأسلوب الأخير نقلا عن النصوص الفرنسية.

---

(١) بدأت مفاهيم القوانين الخاصة تتراجع بصدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ والذى أخضع جميع عقود الايجار الجديدة التى تبرم فى ظله (اعتباراً من ٣١ يناير سنة ١٩٩٦) لقواعد القانون المدنى وبالتالى لحرية التعاقد فى شأن تحديد المدة (وبالتالى الغاء الامتداد القانونى)، وكذلك فى شأن تحديد الأجرة.

(٢) راجع: سليمان مرقص، الموضع السابق.

ومن ناحية أخرى فإن نفاذ الايجار فى حق الخلف الخاص ما هو إلا تطبيق لمبدأ الاستخلاف فى الحقوق الشخصية والمنصوص عليه فى المادة ١٤٦ مدنى، مع التخفيف من شروط الاستخلاف، ضمانا لاستقرار المستأجر.

وأخيرا، وفى مجال المفاضلة بين المستأجر والدائنين الحاجزين، فإن المستأجر دائن بالتزام يعمل ولا يسوغ أن يخضع لمزاحمة الدائنين بمبالغ نقدية، وبالتالي فإن القول بأن له أفضلية قبل الدائنين الحاجزين هو قول تعوزه الدقة[1].

٤- نصت المادة ٥٧٥ مدنى على أنه إذا صدر تعرض مادى من الغير فإن للمستأجر أن يدفع هذا التعرض عن نفسه بدعوى يرفعها بالأصالة عن نفسه (وليس نيابة عن المؤجر)، وله أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى للمطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد.

ويذهب أنصار «العينية» إلى أنه لو كان حق المستأجر حقا شخصيا لتعين عليه أن يلجأ إلى المؤجر ليدفع عنه التعرض المذكور.

وقد أخذ على هذا التحليل أنه يغفل أن دعاوى وضع اليد ما هى إلا وسيلة لحماية الحائز، ضد أى اعتداء، سواء كان المدعى فيها صاحب حق عينى أو حق شخصى[2].

---

(١) راجع: مصطفى الجمال، الموضع السابق.

(٢) راجع: سليمان مرقص، الموضع السابق.

الرأى القائل بالطبيعة الشخصية لحق المستأجر[١]:

٦٦- يذهب الرأى الغالب فى الفقه والقضاء إلى أن حق المستأجر ما هو إلا حق شخصى، ويؤكد هذا المعنى من ناحية أن القانون المدنى قد أورد فى القسم الثانى منه بيانا بالحقوق العينية، دون أن يذكر بينها حق المستأجر. ومن ناحية ثانية فقد عرفت المادة ٥٥٨ مدنى عقد الايجار بأنه عقد «يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين...».

وأخيرا فإن المشرع، في تنظيمه لفض التزاحم بين أكثر من مستأجر لعين واحدة قد نص فى المادة ٥٧٣ مدنى على أنه يفضل «من سبق منهم إلي وضع يده دون غش، فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده، وهو حسن النية، قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر، أو قبل أن يتجدد عقد ايجاره، فإنه هو الذى يفضل...».

---

(١) يترتب على القول بالطبيعة الشخصية لحق المستأجر نتائج عدة:
(أ) أن حق المستأجر يعتبر دائما مالا منقولا حتى ولو ورد الايجار علي العقار.
(ب) أن الاختصاص بالمنازعات حول ايجار العقار ينعقد لمحكمة موطن المدعى عليه وليس لمحكمة موقع العقار.
(جـ) أن التنازل عن الايجار يجب أن يتم وفقا لأحكام حوالة الحق ولا ينفذ فى حق المؤجر إلا باعلانه بالحوالة أو قبوله لها.
(د) أن الحجز على حق المستأجر يتم طبقا لقواعد حجز المنقول حتى لو كان الايجار قد ورد على عقار.
(هـ) أن حق المستأجر لا يتم رهنه رهنا رسميا إنما يتم رهنه رهنا حيازيا، ووفقا لقواعد هذا الرهن.
(و) أن المنازعات الخاصة باخلاء العين المؤجرة توجه إلى المؤجر ولا توجه إلى شاغلى العين.
ويلاحظ أن الفقه الذى يتجه إلى الطبيعة العينية يتمسك بعكس النتائج السابقة.

ويستند الفقه إلى هذا النص للقول بأنه لو كان حق المستأجر حقا عينيا لوجب تفضيل المستأجر الذى سبق إلى تسجيل عقده فى جميع الأحوال[١].

تعقيب:

٦٦- يخول الحق العينى لصاحبه سلطة مباشرة على الشئ، فى حين يقتصر الحق الشخصى على تخويل صاحبه سلطة اقتضاء عمل أو امتناع عن عمل من شخص معين.

والملاحظ ابتداء أن عقد الايجار ينشئ مجموعة من الالتزامات على عاتق المؤجر يتعين عليه أن ينفذها لكى يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، ومع ذلك فإن الامتداد القانونى الذى سيطر على أحكام قوانين ايجار الأماكن قد اتجه بحقوق المستأجر على الشئ نحو ما يقترب من العينية كما سبق القول، كما أن تطور الحماية القانونية الخاصة بالمستأجر فى تلك القوانين قد أدى بهذا الأخير إلى ممارسة قدر كبير من التسلط والانفراد بالشئ خاصة فى مظهرى الاستعمال والاستغلال، كما أدى إلى التوسع فى مجال نفاذ عقد الايجار فى حق الغير، بالاضافة إلى تخويل المستأجر مكنة دفع التعرض المادي الصادر من الغير.

وبالنظر إلى مجموع الاعتبارات السابقة يمكن القول أن الاتجاه نحو العينية كان واضحا فى ظل القوانين الخاصة بإيجار الأماكن المبنية والتى أدت إلى أن حق المستأجر أصبح أكثر صلابة من بعض الحقوق العينية المسلم بطبيعتها، كحق الانتفاع وحق الحكر.

---

(١) راجع مصطفى الجمال، الموضع السابق. وراجع: سليمان مرقص، الموضع السابق.

غير أن هذا المظهر لا يخل بمضمون ما ينشأ عن عقد الايجار من التزامات شخصية، فقد أصبحت هذه الالتزامات وسيلة لتمكين المستأجر من التسلط على الشئ، ومن ناحية ثانية فهناك فروض عدة تترتب فيها على العقد حقوق عينية، وفى ذات الوقت تترتب التزامات شخصية. ففى عقد البيع الناقل للمكية ينشأ للمشترى حق عينى، ومع ذلك يلتزم المشترى التزاما شخصيا بدفع الثمن، وفى المقابل يلتزم البائع بالتسليم وبضمان التعرض وبضمان العيوب الخفية.

ولكل الأسباب السابقة نعتقد أن الخلاف حول طبيعة حق المستأجر يثبت أنه لا مانع من تجاوز الطبيعة العينية والطبيعة الشخصية فى اطار علاقة قانونية واحدة[١] كما تثبت أن الحدود ليست قاطعة بين النطاقين. وأخيراً فإن المظاهر التى أدت إلى التشكيك فى الطبيعة الشخصية لعقد الايجار، والمستمدة من قوانين إيجار الأماكن الاستثنائية، بدأت فى الأفول بصدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، كما سبقت الاشارة[٢].

---

(١) راجع وقارن: ب. ستارك، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٢) كما أن المحكمة الدستورية العليا حكمت بعدم دستورية الكثير من نصوص قوانين ايجار الأماكن، وبالتالى ألغت الكثير من المزايا التى كانت تخولها القوانين الخاصة للمستأجر. ومن ذلك مثلا الغاء حق المستأجر فى تغيير الاستعمال بدون موافقة المالك، الغاء التأجير المفروش بدون موافقة المالك، الغاء امتداد عقود الايجار لغير أقارب الدرجة الأولى، الغاء تبادل المستأجرين للمساكن... الخ.

البند الثانى

الحيـــــــازة

٦٧- تعرف الحيـازة بأنهـا السيطرة أو التمتع بشئ أو بحق، وهى حالة واقعية تعبر عن وجود شئ معين تحت تصرف شخص يمارس عليه ذات الأعمال المادية للاستعمال والاستغلال والتصرف التى يمارسها المالك. ونقصد بتعبير الأعمال المادية أن الحيازة هى الممارسة الفعلية للسيطرة على الشئ، دون أن تستند هذه السيطرة على حق قائم قانونا[١].

وقد اتجه النظام القانونى إلى حماية الحيازة فى حد ذاتها لاعتبارين أساسيين:

١- أن القانون يفترض أن الحائز هو المالك، وأن فى حمايته للحيازة إنما يحمي الملكية ذاتها، صحيح أن الحائز قد يكون غاصباً ولكن هذا الاحتمال ليس بالاحتمال الغالب.

لذلك قيل بحق ان الحيازة هى خط الدفاع الأول عن الملكية.

٢- أن حماية الحيازة فى ذاتها هى تأكيد لمنع الأفراد من اقتضاء حقوقهم بوسائلهم الخاصة، فإذا ادعى شخص معين أنه مالك للشئ الذى يحوزه غيره فعليه أن يلجأ إلى القضاء لاثبات ملكيته، ولا يجوز له، تحت مظلة الادعاء بالملكية، أن يعتدى على الحيازة.

---

(١) راجع عبد الحى حجازى، السابق، رقم ٢٦٤ ومابعدها ص ٣٥٣ ومابعدها، موسوعة القانون المدنى جزء ٣ ص ٧٧٤ ومابعدها.

أحكام حماية الحيازة:

(أ) إذا توافرت للحائز الشروط القانونية فإنه لا يلتزم بتقديم مستندات تثبت ملكيته، ومن مزايا هذا الوضع أن الحائز، وهو المالك غالبا، يستطيع أن يرد الاعتداء حتى ولو كان عاجزا، عند وقوع الاعتداء عن اثبات ملكيته. غير أن هذا الوضع يفيد الحائز غير المالك أيضا مما يجعله، مؤقتا، فى وضع أفضل من المالك الحقيقى، إذ يتعين على هذا الأخير، لكى يسترد ماله، من تحت يد الحائز، أن يثبت ملكيته وبالتالى يبقى المال تحت يد الحائز إلى أن يتمكن غريمه من الحصول على حكم باثبات الملكية.

(ب) أنه لا محل لاشتراط حسن نية الحائز لكى يتمتع بالحماية القانونية، فالقانون يرد الاعتداء على الحيازة حتى ولو كان الحائز سئ النية، بل ان الحائز سئ النية قد يكتسب الملكية بالتقادم الطويل.

(ج) أن الحيازة ليست محلا للحماية الخاصة، المشار إليها، إلا إذا وردت على عقار. أما بالنسبة للمنقولات فإن الحيازة هى سند الحائز وعلى من يدعى أنه مالك لمنقول استولى عليه الغير أن يرفع مباشرة دعوى الاسترداد.

وقد وضعت المادة ٤٤ مكرر (مضافة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢) من قانون المرافعات نظاماً لحماية الحيازة بنصها على أنه يجب على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيازة مدنية كانت أو جنائية أن تصدر فيها قراراً وقتياً مسبباً واجب التنفيذ فوراً بعد سماع أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة. ويصدر القرار المشار من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل. وعلى النيابة العامة اعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة

أيام من تاريخ صدوره. وفى جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة فى ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم اعلانه بالقرار. ويحكم القاضى فى التظلم بحكم وقتى بتأييد القرار أو بتعديله أو باعفائه، وله بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل فى التظلم».

الطبيعة القانونية للحيازة:

٦٨- اختلف الرأى فى شأن الطبيعة القانونية للحيازة. وقد ذهب رأى إلى أن الحيازة حق عينى، ذلك أن القانون يحمى الحيازة فى مواجهة كل من يعتدى عليها ويسمح للحائز بأن يسترد وضع يده على الشئ من أى شخص يسلبه إياه عنوة أو خفية[١]، كما أن القانون يسمح بانتقال الحيازة إلى الورثة. ومع ذلك فإن هذا الرأى لا يغفل حق المالك الحقيقى فى استرداد ملكيته للشئ وبالتالى فإن الحيازة تضعف فى النهاية أمام الحق، لذلك يرى أنصار هذا التكييف أن الحيازة حق عينى ضعيف أو عرضى[٢].

غير أن رأياً آخر له الغلبة فى الفقه يذهب إلى أن الحيازة هى مجرد حالة واقعية يحميها القانون لاعتبارات الأمن العام، ونزولا على الفرض الغالب بأن الحائز هو المالك، وبالتالى فالحيازة لا تُحَوِّل وضع اليد إلى حق[٣].

---

(١) عبد الحى حجازى، المرجع السابق، رقم ٢٦٥ ص ٢٥٥.

(٢) راجع عرض عبد الحى حجازى، الموضع السابق.

(٣) عبد الحى حجازى، الموضع السابق.

تعقيب:

بملاحظة التطبيق العملى لقواعد حماية الحيازة فى مصر يلاحظ أن الأمر انقلب عمليا إلى حماية بعض مظاهر البلطجة وتهديد مصالح أصحاب الحقوق من الناحية الفعلية، خاصة فى ضوء بطء إجراءات التقاضى فى مصر. ذلك أن نظام الحماية القانونية للحيازة تتسم بالسرعة نسبياً، وهى تؤول فى نهاية المطاف، فى كثير من الحالات لمصلحة واضع اليد ضد مصلحة صاحب الحق، خاصة وأن النيابة العامة، ومن ورائها القضاء المستعجل، يفصل فى أمر الحيازة من واقع أقوال الشهود، وليس من منطلق المستندات الرسمية. وفى ظل أوضاع الملكية الحديثة، والتى قد لا يعرف فيها صاحب الأرض (فى المدن الجديدة مثلا) موقع أرضه على وجه التحديد، وإن عرفها فقد لا يتردد عليها بما يسمح لشهود الجيران بمعرفة شخصه أو حقه، فإن التطبيق العملى يعطى قرار الحيازة فى كثير من الحالات للمغتصب. وهو ما يناقض الوظيفة الأساسية للحيازة باعتبارها خط الدفاع الأمامى عن الملكية. لذلك فإن من الضرورات العاجلة وجوب تعديل المادة ٤٤ من قانون المرافعات بحيث يلزم النيابة العامة أن تمكن حال النزاع على الحيازة صاحب الحق الثابت مستنديا أو من تلقى عنه. فإذا تساوت مستندات الحق كان هناك مجال لتفضيل الحائز الفعلى، كما فى حالة النزاع على الحيازة بين مشتريين بعقود عرفية من ذات البائع المالك، هنا فقط تصدر النيابة قرارها بتمكين الحائز الفعلى. أما حيث يكون النزاع بين صاحب الحق الثابت، أو من تلقى عنه، وشخص يحوز دون سند فإن الأمر يقتضى صدور قرار الحيازة لصاحب الحق دون غيره، ولا يعتد فى هذه الحالة بحيازة لا يساندها حق ثابت بمستندات صحيحة.

المبحث الثالث

الحقوق التى ترد على قيم غير مادية

(حقوق الملكية الفكرية)

٦٩- ترد الحقوق - كما سبقت الإشارة - على أشياء مادية، وعلى قيم غير مادية.

ويطلق على هذه المجموعة الأخيرة الحقوق المعنوية، ومن هذه المجموعة حقوق الملكية الصناعية والتجارية، والحقوق التى ترد على الاختراعات، وكل ما يرد على نتاج الفكر الإنسانى من أدب وفن علم[1].

ويعد هذا القطاع من الحقوق جديداً نسبياً، ذلك أن الفقه القانونى لم يكن يعرف، بطريقة محددة وواضحة، سوى تقسيم الحقوق إلى حقوق عينية وحقوق شخصية، وهو تقسيم يعود فى قدمه إلى القانون الرومانى.

وتنقسم الحقوق المعنوية إلى مجموعتين مختلفتين:

المجموعة الأولى: هى حقوق الملكية الصناعية والتجارية، ويقصد بها الحقوق التى تكفل للصانع أو التاجر حماية العناصر الأساسية فى منشأته

---

(١) أحال القانون المدنى فى المادة ٨٦ على القوانين الخاصة لتنظيم الحقوق التى ترد على شئ غير مادى، وهى القوانين رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ فى شأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج التجارية، والقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣١ فى شأن العلامات والبيانات التجارية، والقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن حقوق المؤلف، والذى عُدلت بعض أحكامه بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢. وقدألغيت هذه القوانين بصدور القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ باصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية (المادة الثانية من مواد الاصدار).

الصناعية أو التجارية: كالحق فى الاحتفاظ بالعملاء، والحق فى براءات الاختراع والنماذج الصناعية، والعلامات التجارية والاسم التجارى.

أما المجموعة الثانية: فتشمل حقوق الملكية الأدبية والفنية، أو حقوق المؤلف، وهى الحقوق التى ترد على كل انتاج ذهنى مبتكر، سواء فى مجال العلوم أو الآداب أو الفنون، على أن يكون هذا الانتاج قد خرج من كوامن النفس والفكر إلى حيز التعبير الخارجى.

وسنقتصر على دراسة هذه المجموعة الثانية بالتفصيل فى خمسة مطالب:

- المصنف الذى يحميه القانون.
- صاحب المصنف.
- عناصر المصنف.
- الوسائل القانونية لحماية المصنف.
- الطبيعة القانونية لحق المؤلف.

المطلب الأول

تحديد المقصود بالمصنف

الذى يحميه القانون

(القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢)[١]

٧٠- نصت المادة ١٣٨ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أن «يكون للمصطلحات التالية المعنى الوارد قرين كل منها:

١- المصنف: كل عمل مبتكر أدبى أو فنى أو علمى أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه.

٢- الابتكار: الطابع الابداعى الذى يسبغ الأصالة على المصنف.

وتضع هذه التحديدات مقومات المصنف الذى يحميه القانون، وتنحصر فى اثنين: **الأول** يمثل عنصراً موضوعياً، ويمثل **الثانى** عنصراً شكلياً. فمن الناحية الموضوعية يجب أن يكون الانتاج الذى تضمنه المصنف مبتكرا أى تضمن طابعا ابداعيا يسبغ الأصالة، ومن الناحية الشكلية لابد أن يكون قد تم التعبير عن المصنف.

البند الأول

شرط الابتكار والأصالة

٧١- لا يقصد بعنصر الابتكار، بالضرورة، الجدة المطلقة فى خلق

---

(١) نشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية العدد ٢٢ (مكرر) فى ٢٠٠٢/٦/٢ وبدأ العمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره أى فى ٢٠٠٢/٦/٣.

المصنف، بل يكفى لتوافره أن يكون المؤلف قد أضاف، من جهده وعبقريته، جديدا، ولا أهمية لأن تكون تلك الاضافة قد وردت علي فكرة سابقة أو قديمة.

لذلك يتراوح الابتكار بين الاختراع الجديد بصفة كاملة ومجرد التجديد فى طريقة العرض، أو التأصيل، أو الأسلوب[1].

ففى جميع هذه الحالات يصبح المصنف مطبوعا بشخصية المؤلف وطابعه المميز.

ولذلك تعتبر مجرد الترجمة مصنفا جديراً بالحماية القانونية، كذلك الحال بالنسبة لتجميع بعض الموضوعات، كالشعر، والموسيقى، والقوانين والأحكام القضائية، ففى جميع هذه الصور يتحقق الابتكار إذا بذل القائم بالعمل من جهده ما يفصح عن شخصيته وفنه.

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا المعنى، بأنه «إذا كان الأصل أن مجموع المصنفات القديمة التى آلت إلى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها، إذا أعيد طبعها ونشرها لا يكون لصاحب الطبعة الجديدة حق المؤلف عليها إلا إذا تميزت هذه الطبعة عن الطبعة المنقولة عنها بسبب يرجع إلى الابتكار أو

---

(١) راجع حكم محكمة باريس فى ١٨ ديسمبر ١٩٢٤ D.H ١٩٢٥-٣٠، حيث أفصحت المحكمة عن المعنى المعروض فى المتن وأضافت أن الحماية تتخلف إذا كان ما أضافه المؤلف الثانى لا يعدو أن يكون تعديلا فى جزئية لا تجعل من مصنف سوى مجرد صورة مطابقة للأصل، أو مجرد مختصر للمصنف الأصلى؛ أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق (١٩٧٤) رقم ١٦٦، ص ٢٦٥، توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية (١٩٧٦) رقم ٣٢١، ص ٥٤٠، حسن كيره، أصول القانون، رقم ٢٥٤، ص ٦٣٥ ومابعدها؛ محمود جمال الدين زكى، دروس فى مقدمة الدراسات القانونية، رقم ٢٣٩، ص ٣٣٨.

الترتيب فى التنسيق أو بأى مجهود آخر ذهنى يتسم بالطابع الشخصى فإن صاحب الطبعة الجديدة يكون له عليها حق المؤلف، ويتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق، إذ لايلزم لاضفاء هذه الحماية أن يكون المصنف من تأليف صاحبه، وإنما يكفى أن يكون عمل واضعه حديثا فى نوعه ومتميزا بطابع شخصى خاص بما يضفى عليه وصف الابتكار. وهذه القواعد التى قررها الفقه والقضاء من قبل صدور القانون (رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) الخاص بحماية المؤلف قد قننها هذا القانون بما نص عليه فى المادة الرابعة»[١].

ويترتب على منطق القول السابق أنه إذا كانت عملية التجميع والترتيب تحتمها طبيعة المصنف بحيث لم يكن للقائم بالعمل أى اختيار فى ذلك، فإنه لا يكون قد أضاف جديدا يستحق الحماية[٢].

وقد نصت المادة ١٤٠ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ باصدار قانون

---

(١) «ولما كان ما تقدم وكان ما سجلته محكمة الموضوع بحكمها المطعون فيه - فى حدود سلطتها التقديرية - من أن المطعون ضده الأول مهد لكتابه بمقدمة بقلمه تتضمن تراجم للإمام مسلم والإمام النووى استقى عناصرها من أمهات الكتب القديمة ولم يكن لها نظير فى الطبعة الأصلية التى نقل عنها، وأن كتاب المطعون ضده الأول يتميز عن هذه الطبعة بترتيب خاص فريد فى نوعه وبفهرس منظم وأنه أدخل على الطبعة الأصلية تنقيحات أجراها أحد كبار العلماء المختصين، هذا الذى سجلته المحكمة تتوافر به عناصر الابتكار التى تتسم بالطابع الشخصى لصاحبه فإنه لا يكون على محكمة الموضوع بعد ذلك معقب فيما انتهت إليه من اعتبار المطعون ضده مستأهلا للحماية المقررة لحق المؤلف ويكون النعى على حكمها فى هذا الخصوص على غير أساس» نقض مدنى فى ٧ يوليو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض المدنى س ١٥، ص ٩٢٠.

(٢) كمصنف اكتفى القائم به بتجميع أسماء وعناوين العاملين فى مهنة معينة وفقاً لأبجدية أسمائهم: راجع: ديبوا، المرجع السابق، رقم ٣٧، ٤٨.

حماية حقوق الملكية الفكرية على أن تتمتع بالحماية حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية وبوجه خاص المصنفات الآتية:

١- الكتب والكتيبات، والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة.

٢- برامج الحاسب الآلي.

٣- قواعد البيانات سواء كانت مقروءة من الحاسب الآلي أو من غيره.

٤- المحاضرات، والخطب، والمواعظ، وأية مصنفات شفوية أخرى إذا كانت مسجلة.

٥- المصنفات التمثيلية والتمثيليات الموسيقية والتمثيل الصامت (البانتوميم).

٦- المصنفات الموسيقية المقترنة بالألفاظ أو غير المقترنة بها.

٧- المصنفات السمعية والبصرية.

٨- مصنفات العمارة.

٩- مصنفات الرسم بالخطوط أو بالألوان، والنحت، والطباعة على الحجر وعلى الأقمشة وأية مصنفات مماثلة فى مجال الفنون الجميلة.

١٠. المصنفات الفوتوغرافية وما يماثلها.

١١- مصنفات الفن التطبيقى والتشكيلى.

١٢- الصور التوضيحية، والخرائط الجغرافية والرسومات التخطيطية (الاسكتشات) والمصنفات الثلاثية الأبعاد المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو التصميمات المعمارية.

---

(١) راجع السنهورى، المرجع السابق، رقم ١٧٤، ص ٣٠٠.

١٣- المصنفات المشتقة، وذلك دون الاخلال بالحماية المقررة للمصنفات التى أشتقت منها.

وتشمل الحماية عنوان المصنف إذا كان مبتكراً.

ويلاحظ فى كل ما سبق أن عنصر الابتكار شرط أساسى لتوافر المصنف الذى يحميه القانون، وبالتالى لم يكن هناك داع لأن يسرف المشرع فى ذكر حالات تستوجب الحماية وحالات لا تستوجبها. ونعرض فيما يلى للدرجات المتفاوتة للابتكار لنبين من خلالها مدى توافر وصف المصنف فى كل فرض من الفروض المختلفة التى تمثل اطاراً عاماً لتوافر شرط الابتكار والأصالة:

الفرض الأول: اعادة اظهار مصنف سابق بحالته الأصلية:

نصت المادة ١٤١ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ أن **لا تشمل** الحماية مجرد الأفكار والإجراءات وأساليب العمل وطرق التشغيل والمبادئ والاكتشافات والبيانات، ولو كان معبراً عنها أو موصوفة أو موضحة أو مدرجة فى مصنف. **كذلك لا تشمل: أولا: الوثائق الرسمية**، أياً كانت لغتها الأصلية أو اللغة المنقولة إليها مثل نصوص القوانين، واللوائح، والقرارات، والاتفاقات الدولية، والأحكام القضائية، وأحكام المحكمين، والقرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى. **ثانيا: أخبار الحوادث والوقائع الجارية** التى تكون مجرد أخبار صحفية. **ومع ذلك** تتمتع مجموعات ما تقدم بالحماية **إذا تميزت جميعها** بالابتكار فى الترتيب والعرض أو بأى مجهود شخصى جدير بالحماية.

كما أضافت المادة ١٤٢ من ذات القانون على **أن يعتبر الفلكلور الوطنى ملكاً عاماً للشعب، وتباشر الوزارة المختصة عليه حقوق المؤلف الأدبية والمالية** وتعمل على حمايته ودعمه.

ويلاحظ أن نص المادة ١٤١ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ سالفة الذكر يجرد ، فى الحدود السابقة، الحالات الواردة به من الحماية القانونية، أى لا يكون للقائم بالعمل حقوق المؤلف. ويقوم هذا الحكم على تخلف عنصر الابتكار (وهو ما ينطبق أيضا على أيلولة المصنف إلى الملك العام).

ففى حالة اقتصار الجهد على مجرد تجميع الوثائق الرسمية أو الأحكام القضائية وما فى حكمها . . . الخ، دون أن يضيف القائم بالعمل جديدا من فنه وشخصيته، فإن عمله لا يتمتع بحماية القانون، وبالتالى يستطيع غيره أن ينقل عنه دون مسئولية.

أما فى حالة أيلولة المصنف إلى الملك العام[١]، فإن مقتضى ذلك أن يصبح من حق أى شخص أن يعيد نشر المصنف بغير استئذان أحد وبغير التزام قبل أى شخص.

ورغم ما سبق فيجب علينا أن نأخذ فى الاعتبار بعض التحفظات:

التحفظ الأول: يتعلق بحالات تجميع مختارات الشعر أو الموسيقى، حيث يتعين على القائم بالعمل أن يستأذن أصحاب المصنفات الأصلية أو خلفائهم. وقد كانت تورد هذا التحفظ المادة الرابعة من القانون الملغى حيث كانت تضيف «وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل مصنف». والفرض هنا أن المصنف مازال متمتعا بالحماية القانونية، أى لم يسقط فى الملك العام.

التحفظ الثانى: ومفاده أن تخلف الحماية القانونية، حسب ما ورد

---

(١) بعد انقضاء مدة حمايته قانوناً.

بالمادة ١٤١ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ سالف الذكر، مشروط بأن يكون القائم بالعمل قد اقتصر على مجرد النقل أو التجميع من المصنفات الأصلية دون اضافة أو ابتكار. أما إذا كان القائم بالعمل قد أضاف إليهما من فنه وقدرته الابداعية، فإن عمله يتحول إلى مصنف تشمله حماية القانون. وقد أوردت هذا التحفظ الفقرة ثانيا من المادة ١٤١ حيث أضافت «ومع ذلك تتمتع مجموعات ما تقدم بالحماية إذا تميز جمعها بالابتكار فى الترتيب والعرض أو بأى مجهود شخصى جدير بالحماية». ويتحقق الابتكار المشار إليه إذا كانت الموضوعات قد رتبت ترتيبا جديدا أو نشرت وفق خطة مبتكرة تعبر عن أصالة القائم بالعمل وابداعه.

ومفاد هذا القول أن المشرع قد فرق بين فحوى الوثائق والمجموعات المشار إليها وبين الشكل الذى تصب فى قالبه.

فحيث يقتصر الجهد على عرض الفحوى بحالته تنتفى الحماية القانونية، وحيث يعرض الفحوى فى اطار شكل جديد مبتكر، فإنه يتمتع بتلك الحماية[١].

الفرض الثانى: الترجمة من لغة إلى أخرى:

٧٣- يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف إلى لغة أخرى، ذلك أن الترجمة فى حد ذاتها تعد تعبيراً عن قدرة المترجم الشخصية وكفاءته. والحق أن الترجمة تقتضى الالمام الدقيق والمنضبط بأصول اللغتين، اللغة التى كتب بها

---

(١) راجع السنهورى، المرجع السابق ص ٣٠٣.

المصنف واللغة التى يترجم إليها، كما تقتضى جهداً شاقاً فى اختيار العبارات ووزنها والتثبت من أنها تعبر عن نفس المعنى، هذا إلى ذوق سليم وتمكن من اللغة المترجم إليها، بحيث يستطيع المترجم أن يسمو فى هذه اللغة سمو المؤلف فى اللغة الأصلية[1].

ويترتب على حماية الترجمة منع الغير من نقلها، أو استخدامها، أو ادخال تعديلات عليها، بغير موافقة المترجم. كما لا يجوز بغير تلك الموافقة، ترجمة الترجمةإلى لغة ثالثة.

ومع ذلك يلاحظ من ناحية أولى، أن حق المترجم لا يمنع غيره من ترجمة ذات المصنف الأصلى إلى ذات اللغة التى سبقت الترجمة إليها، وذلك بشرط أن تكون الترجمة الثانية مستقلة عن الأولى وليست منقولة عنها.

ومن ناحية ثانية، فإن حماية «مصنف الترجمة» لا تخل بحقوق صاحب المصنف المترجم، فالأصل أن لهذا الأخير وحده الحق فى ترجمة مصنفه إلى اللغات الأخرى سواء مباشرة أو أن يأذن لغيره فى ذلك.

ولكن المشرع المصرى وضع حداً زمنياً لهذا الحكم الأخير، بحيث يجوز بعده ترجمة المصنف إلى اللغة العربية بغير قيد أو شرط، فقد نصت المادة ١٤٨ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أن تنتهى حماية حق المؤلف، وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أخرى فى ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية، إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه، أو بواسطة غيره فى مدى

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، رقم ١٧٧، ص ٣١٠ ومابعدها.

ثلاث سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم.

وبذلك يكون المشرع المصرى قد استهدف تشجيع الترجمة إلى العربية، فأسقط حق المؤلف الأصلى، كذلك حق من ترجم المصنف إلى لغة أخرى بعد ثلاث سنوات من تاريخ النشر. وبذلك تجوز الترجمة إلى العربية، بعض مضى المدة المذكورة، بغير إذن وبدون مقابل.

ولكن هذا الحكم الزمنى مقيد - كما هو واضح من نص المادة ١٤٨ - بألا يكون صاحب المصنف قد قام بنفسه، أو بواسطة غيره، بترجمة المصنف إلى اللغة العربية. فإذا كان قد فعل فلا يجوز لغيره أن يترجم المصنف إلى العربية، وتظل حقوقه مصونة، فى هذا الصدد، طوال حياته ولمدة خمسين سنة بعد وفاته شأنه في ذلك شأن أصحاب المصنفات العادية الأخرى(١).

الفرض الثالث: اعادة اظهار مصنف سابق مع تحويله إلى لون جديد:

٧٤- يجوز تحويل المصنف من لون من ألوان الآداب أو الفنون والعلوم إلى لون آخر.

ويتحقق التحويل فى كل حالة ينتمى فيها المصنف الجديد لمصنف آخر، أى أن تتوافر رابطة تبعية بين المصنفين بحيث يمكن أن يقال أن المؤلف الأصلى مازال ماثلا بصفة رئيسية فى المصنف الجديد(٢). ويستوى أن يكون المصنف

---

(١) راجع: السنهورى، المرجع السابق، ص ٣١٢، ٣١٣.

(٢) راجع Del Bianco، حق المؤلف وحدوده، لوزان ١٩٥١، ص ١٦؛ J.G. Renauld حق المؤلف وعقد التحويل Adaptation (بروكسل ١٩٥٥؛ ص ٢٧ وما بعدها: ديبوا، المرجع السابق، رقم ٢١، ص ٢٧؛ موسوعة داللوز. الطبعة الثانية، الملكية الأدبية والفنية، رقم١٧.

الأصلى مازال فى حدود مدة الحماية القانونية من عدمه، غاية الأمر أنه إذا كان مازال كذلك تعين على من يقوم بالتحويل أن يحصل على موافقة صاحب المصنف وإلا تحمل عبء المسئولية، أما إذا كان المصنف قد سقط فى الملك العام، فلا قيد على حرية من يقم بالتحويل(١).

ومن قبيل التحويل، أن يقوم مخرج سينمائى، أو مسرحى، بتحويل قصة إلى فيلم سينمائى، أو عرض مسرحى، أو أن يقوم كاتب قصصى بتحويل مؤلف علمى إلى رواية أو تمثيلية اذاعية أو تليفزيونية... الخ.

وتقوم المشكلات العملية عندما يكون المصنف الأصلى مشمولا بالحماية القانونية، خاصة حين ينكر صاحب المصنف الجديد أية صلة بين مصنفه والمصنف السابق عليه، لذلك يتعين أن نبحث عن معيار للبت فى مسألة وجود التحويل من عدمه(٢).

ويلاحظ فى هذا الصدد أن مجرد التشابه لا يكفى للقول بوجود الرابطة المشار إليها، فقد يعمد مؤلف إلى تأليف مصنف استناداً إلى فكرة مجردة سابقة، ويجئ من بعده مؤلف آخر يستغل ذات الفكرة المجردة فى تأليف مصنف جديد. وفى مثل هذا الفرض لايكون مجرد التشابه سبيلا إلى مساءلة المؤلف الثانى فى مواجهة المؤلف الأول(٣). ويترك الأمر لتقدير قاضى الموضوع فى كل حالة على حدة(٤).

---

(١) موسوعة داللوز، السابق، رقم ١٧.

(٢) راجع السنهورى، المرجع السابق رقم ١٧٦، ص ٣٠٠، ٣١٠.

(٣) راجع: موسوعة داللوز، السابق، رقم ١٨.

(٤) راجع نقض جرائم فرنسى ٢٧ يوليو سنة ١٩١٠ D.P.١٩١٠-١-٢٩٦.

وإذا تبين أن المصنف الجديد منبت الصلة بالمصنف السابق عليه، ثبتت لصاحبه كافة حقوق المؤلف دون تدخل من أحد.

أما إذا تبين أن المصنف الجديد ما هو إلا تحويل لمصنف سابق، وكان الأخير قائما في اطار مدة الحماية القانونية، فإنه يتعين على المؤلف الثانى أن يستأذن صاحب المصنف الأصلى. فإن تم ذلك كانت لصاحب المصنف الجديد كافة حقوق المؤلف. ولكن هذه الحقوق مقيدة بما تم الاتفاق عليه مع صاحب المصنف الأصلى.

أما إذا كان المصنف الأصلى قد تجرد من الحماية القانونية، فإن للمؤلف الثانى أن يتمسك بكل حقوق المؤلف بغير قيد. غاية الأمر أن هذه الحقوق لا تثبت له إلا إذا كان المصنف الثانى قد استجمع العناصر القانونية اللازمة خاصة عنصر الابتكار. وقد قضت محكمة النقض المصرية فى ظل القانون الملغى (رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢) فى هذا المعنى الأخير بأنه «مما لا نزاع فيه أن قصة الأرملة الطروب، وهى قصة عالمية سقطت فى الملك العام، دار حولها الصراع ونقل منها الكثيرون وسبق عرضها على مسارح مختلفة وفى جملة أفلام أجنبية قد اقتبس منها المرحوم أ.و. كما اقتبس منها بدوره ح.ر، ومحور الخلاف بينهما فى هذا الصدد هو هل ما قام به أ.و. من عمل يعتبر فكرة ظهرت فى لون جديد

= وراجع موسوعة داللوز، السابق، رقم ١٩ حيث ينتقد الأستاذ ديبوا اعتبار مسألة العلاقة بين مصنفين مسألة واقع بصفة كلية، إذ يتعين فى رأيه على محكمة النقض أن تضع معياراً للتفرقة بين المصنف الأصلى والمصنف المحول خاصة وأن المسألة تتعلق بتكييف المصنف المتنازع عليه.

يستأهل الحماية عملا بالقانون (٣٥٤ لسنة ١٩٥٤)، وأن اقتباس ح.ر. للقصة لايعدو أن يكون سطواً على تلك الفكرة أم أنه عمل لا صلة له بعمل أ.و. وحيث أن هذه المحكمة ترى من مطالعة اقتباس الطرفين من القصة موضوع النزاع، دون حاجة إلى تعيين خبير فنى، أن أحدا منهما لا يستمتع بالحماية المنصوص عليها فى القانون إذا لم يأتيا بأية صورة يظهر اقتباسها فى شكل جديد لأنه لا يكفى أن يتم التعبير أو الحوار من ثوب إلى آخر ومن لون غربى إلى لون شرقى كما هو الحال فى هذه الدعوى. بل يجب أن ينطوى التحويل أو الحوار على فكرة أدبية لا سابقة لها... ولما كان ذلك كذلك وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بخلو العمل الذى قام به أ.و اقتباسا من الرواية الأصلية من الابتكار الذى يستأهل حماية القانون وبعدم وجود التماثل بين ذلك العمل وبين اقتباس المطعون عليهم قد أقام قضاءه بذلك على أسباب سائغة وتؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها[1].

الفرض الرابع: اعادة اظهار مصنف سابق مع التلخيص أو التحوير أو التعديل أو الشرح أو التعليق:

٧٥- يتمتع بالحماية القانونية من قام بتلخيص المصنف أو بتحويره أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأى صورة تظهره فى شكل جديد، وذلك مع عدم الاخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلى.

---

(١) نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ١٨٢، راجع السنهورى، المرجع السابق، رقم ١٧٦، موسوعة داللوز، المرجع السابق، رقم ٢٤ و٣٧٥ و٣٧٦.

وتعرض هذه الحالة لصور متعددة يتمثل فى كل منها عنصر التجديد من جانب من قام باعداد المصنف الثانى، وذلك إذا كان ما قام به على قدر من الأهمية بحيث يعكس موهبة القائم بالاعداد أو فنه أو ابداعه العلمى أو الفنى. فإذا تحقق شئ من ذلك تكون للقائم بالعمل حقوق المؤلف على المصنف الملخص أو المعدل... الخ.

غير أن هذا الحق الأخير لا ينفى حقوق صاحب المصنف الأصلى، فلهذا الأخير أن يمنع أى عمل مما سبق ذكره، مادام مصنفه قائما فى حدود الحماية القانونية. ومفاد هذا القول أن أية صورة من الصور السابق عرضها لا يجوز أن تجرى إلا بعد الحصول على موافقة صاحب الشأن الأصلى أو ورثته.

وفيما يلى عرض لكل حالة من الحالات السابقة:

١- التلخيص: وفى هذه الحالة يقوم الشخص بتلخيص المصنف الأصلى بحيث يقدم للقارئ جوهر الأفكار الواردة فيه، وهو فى ذلك يبذل من الجهد والعلم ما يصل به إلى اخراج المصنف الملخص فى شكل مناسب يفى بالغرض منه[1].

٢- التحوير والتعديل: يقوم المؤلف الثانى فى هذه الحالة بادخال التعديلات اللازمة على المصنف الأصلى لكى يجعله أكثر اتفاقاً مع التطورات العلمية أو الاجتماعية الحديثة والمتجددة. ومن هذا القبيل أن يقوم فقيه، يتناول مصنف قانونى قديم، بالتعديل والتحوير والتنقيح، لكى يخرجه فى ثوب حديث يتفق مع القوانين والأوضاع الجديدة[2].

(١) راجع السنهورى، المرجع السابق، رقم ١٧٦ ص ٢٠٩.

(٢) راجع السنهورى، المرجع السابق، رقم ١٧٥، ص ٢٠٦.

٣- الشرح والتعليق: ينصرف الجهد فى هذه الحالة إلى شرح المصنف الأصلى لبيان ما ورد به من نظريات أو لإيضاح ما تضمنه من معان وألفاظ. وقد يقوم الشخص بهذا العمل بصفة اجمالية، ترد على المصنف الأصلى فى مجمله. ويؤدى هذا العمل عن طريق عرض الموضوعات المختلفة الواردة فيه كل على حدة، كما قد يقتصر الجهد على ايضاح معانى الألفاظ والمصطلحات المختلفة.

وغالباً ما يتحقق هذا العمل (الشرح والتعليق) بالنسبة للمصنفات التى آلت إلى الملك العام بسبب قدمها، وانقضاء المدة القانونية لحمايتها. كما يتحقق فى حالة التعليقات التى ترد على الأحكام القضائية، أو تلك التى ترد على القوانين الجديدة. ففى جميع هذه الحالات السابقة يكون للقائم بالعمل حق التمتع بالحماية القانونية[١].

٤- نشر وتحقيق المخطوطات القديمة: يلاحظ أن الحالات السابق عرضها إنما هى على سبيل المثال فحسب. لذلك فإن الحماية القانونية تتقرر لكل مصنف يمثل تجديدا لمصنف سابق بأية صورة من الصور عندما تتضمن ابتكاراً وابداعاً شخصياً. ومن هذا القبيل أن يقوم المؤلف بتناول مخطوط قديم لم يسبق نشره، أو سبق نشره بطريقة ناقصة أو معيبة، بالتحقيق فيما ورد به من معلومات وفقا للأساليب العلمية الصحيحة، لكى يخرجه فى صورة جديدة

---

(١) راجع: ديبوا، المرجع السابق، رقم ٢٨، ص ٣٣، ٣٤، الذى ينتقد الاعتراض القائل بأن التعليق هو مجرد ملحق بالعمل الأصلى فإذا كان المصنف الأصلى قد آل إلى الملك العام فإن التعليقات التى ترد عليه تأخذ ذات الحكم فلا تتمتع بالحماية القانونية.

يمكن الاطمئنان إليها. فقد يكون المصنف القديم مخطوطاً متناثراً فى أماكن عدة، وقد يكون تالفاً يحتاج، فى اعادة اظهاره، إلى جهد العالم المحقق، أو المؤلف المثابر، لإكمال البيانات والتدقيق فى صحتها ومناقشتها. وقد يقتضى كل ذلك الرجوع إلى المصادر العلمية والتاريخية لاخراج المصنف فى شكل جديد بمضمون يوثق فيه[1].

البند الثانى

ضرورة التعبير عن فكرة المصنف[2]

٧٦- يشترط لاسباغ الحماية القانونية على الانتاج الذهنى بأنواعه المختلفة أن يتم التعبير عنه، أى أن يخرج إلى حيز الوجود الذى تتجاوز به الأفكار مجرد كوامن النفس أو خبايا الفكر.

ويتم التعبير عن الأفكار بوسائل متعددة تختلف باختلاف طبيعة المصنف، فقد تكون الوسيلة هى الكتابة، كما هو الحال فى المصنفات العلمية والأدبية، وقد يكون التعبير بالحركة، كالرقص والتمثيل، أو الصوت، كالغناء والموسيقى، أو بالرسم أو التصوير أو النحت.

فوسيلة التعبير تتنوع إذاً، ولكن الشرط الأساسى يبقى ضرورة التعبير فعلا عن الانتاج الذهنى أو الفنى.

---

(١) راجع السنهورى، المرجع السابق، رقم ١٧٥، ص٣٠٧، ديبوا، المرجع السابق، رقم ٢٧ ص ٣٢ حيث يناقش ما يمكن تقديمه كاعتراض على اعطاء المؤلف حقا فى مثل الفرض المعروض فى المتن.

(٢) راجع: Ivan Cherpillod، موضوع حق المؤلف بالفرنسية، لوزان، ١٩٨٥.

ويترتب على هذا الشرط عدم توفير الحماية القانونية لكل ما لم يتم التعبير عنه على الوجه السابق.

وسائل التعبير المختلفة:

(أ) الكتابة: وهى الوسيلة الدارجة فى المصنفات العلمية والأدبية بصفة عامة كما تستخدم هذه الوسيلة فى صدد المصنفات الموسيقية، حيث تعد عادة فى أوراق مكتوبة.

غير أن الحماية القانونية لا تسبغ على كل ما هو مكتوب. فهى لا تشمل الأخبار الصحفية (م ١٤١/ثانيا من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢) (بخلاف المقالات التى تتمتع بكامل الحماية)(١). وقد ذهب رأى فى ظل القانون السابق فى تبرير هذا الحكم، إلى أن طبيعة الخبر تجرده من عنصر الابتكار اللازم لتوفير الحماية. فمن ينشر خبرا يقوم بذلك بغير جهد، سواء فى صدد المضمون أو فى صدد الشكل(٢). وقد قضى فى هذا المعنى بأن الأخبار التى تحمل إلى علم الكافة الأنباء السياسية والعلمية والأدبية لا يمكن اعتبارها أعمالا ابداعية، ولا يمكن بالتالى، اضفاء الحماية القانونية عليها(٣). فى حين ذهب رأى آخر إلى

---

(١) والأصل أن يحظر على الصحف أو النشرات الدورية أن تنقل المقالات العلمية أو الأدبية والفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التى تنشر فى الصحف والنشرات الدورية الأخرى دون موافقة مؤلفيها. مع ملاحظة حكم المادة ١٧٢ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ التى تجيز للصحف أو الدوريات أو هيئات الاذاعة فى الحدود التى تبررها أغراضها فى حالات متعددة منها:

أولا: نشر مقتطفات من مصنفات أتيحت للجمهور بصورة مشروعة.

ثانيا: نشر الخطب والمحاضرات والندوات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية للمجالس النيابية والتشريعية والإدارية... والمرافعات القضائية العلنية.

ثالثا: نشر مقتطفات من مصنف سمعى أو بصرى أو سمعى بصرى متاح للجمهور وذلك فى سياق التغطية الاخبارية.

(٢) راجع: ديبوا، المرجع السابق، رقم ٤٩، ص ٥٨، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٣٤٥ هامش رقم ١.

(٣) عرائض ٨ أغسطس ١٨٦١ D.P. ١٨٦١-١٣٦.

أن سبب تخلف الحماية القانونية هو أن الأخبار تستهدف أصلا الاذاعة على الناس، أى أنها مخصصة للانتشار على أوسع نطاق ممكن.

ويترتب علي هذا المنطق السابق أن تجريد الخبر من الحماية القانونية لايتم إلا بعد نشره للمرة الأولى[١]. ومن ناحية أخرى يذهب بعض الفقه إلى أن حماية الأخبار الصحفية يمكن أن تتحقق عن طريق قواعد المنافسة غير المشروعة[٢]. وقد قضى فى هذا المعنى بأن أخبار وكالات الأنباء وإن كانت لا تدخل فى نطاق الملكية الأدبية إلا أنها تكون ملكية خاصة كلفت صاحبها مصاريف كثيرة وتستحق، نزولا على الوصف السابق، الحماية القانونية إلى أن ينشرها صاحبها بنفسه أو عن طريق من يتفق معه[٣].

(ب) المصنفات التى تلقى شفاهة: ويدخل فى هذا النطاق الخطب والمحاضرات والمواعظ التي تلقى دون أن تكون معدة كتابة. وقد أسبغت المادة ٤/١٤٠ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ علي هذه المصنفات ذات الحماية القانونية الخاصة بالمصنفات المكتوبة. ولا يحول دون هذه الحماية أن تكون المصنفات المشار إليها قد ألقيت علنا «فالعلانية محدودة بقصد المؤلف وبالتالي باجتماع معين قصد الخطيب أو المحاضر ألقاها على الحاضرين فيه، ولايمكن بغير إذنه، أن تتجاوز حدوده. وعلي ذلك لايجوز نشرها، أو اذاعتها بأى وسيلة دون

---

(١) راجع: محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٣٤٥ هامش ١، ديبوا، المرجع السابق، رقم ٥٥، ص٦٣.

(٢) راجع ديبواء المرجع السابق، رقم ٤٩، ص٥٨، راجع موسوعة داللوز، الجزء الرابع (المكانة الأدبية والفنية، رقم ٨٨ ومابعدها).

(٣) عرائض ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ D.P.١٩٠١-١-٤٠٥.

إذن الخطيب أو المحاضر[١].

ويبرر اسباغ الحماية على النحو السابق أن صاحب المصنف الشفهي قد تكون له مصالح مالية أو أدبية في عدم اتساع دائرة النشر.

ومع ذلك ترد على مبدأ حماية المصنفات الشفهية بعض التحديدات:

ومفاد التحديد الأول: أنه يجوز للمستمعين في بعض الحالات تدوين المحاضرة التي تلقى للاستفادة منها، كما هو الحال بالنسبة لمحاضرات الأساتذة في المعاهد العلمية. غير أن اباحة تدوين المحاضرات على هذا النحو تقتصر على مقتضى الدراسة دون أن تتجاوز ذلك إلى طبع هذه المحاضرات وتوزيعها، سواء كان التوزيع بمقابل أو بالمجان[٢]، وسواء اقتصر على جمع محدود أو اتسع إلى جمهور عريض. وتتفق هذه القيود الأخيرة مع قصد المحاضر، لذلك فإنها تنطبق حتى لو كانت المحاضرة قد ألقيت في اجتماع غير مغلق[٣]. (راجع المادة ١٧١ من القانون ٨٢)

التحديد الثاني: ويفيد أن حماية صاحب المصنف الشفهي لا تمنع من اذاعة أو نشر الخطب والمحاضرات... الخ التي تلقى في جلسات علنية، للهيئات التشريعية والإدارية والاجتماعات العلمية والأدبية والفنية والسياسية والاجتماعية والدينية والمرافعات القضائية وذلك على سبيل الأخبار. ويشترط

---

(١) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٣٤٥ هامش ١، وراجع ديبوا، المرجع السابق، رقم ٤٢، ص٥١.

(٢) ديبوا، المرجع السابق، رقم ٤٣، ص ٥٥.

(٣) ديبوا، المرجع السابق، رقم ٤٣، ص ٥٥.

لتحقيق هذا الحكم أن تكون المصنفات المشار إليها قد ألقيت في جلسات علنية، حيث يجوز دون إذن المؤلف، أن ينشر أو يذاع، على سبيل الأخبار الخطب والمحاضرات والأحاديث التي تلقى في الجلسات العلنية للهيئات التشريعية والإدارية والاجتماعات العلمية والأدبية والفنية والسياسية والاجتماعية والدينية، مادامت هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث موجهة إلى العامة، ويجوز أيضا، دون إذن منه، نشر ما يلقى من مرافعات قضائية علنية في حدود القانون»[1]. (راجع المادة ١٧٢).

(جـ) المصنفات المصورة: ويدخل في هذا النطاق مصنفات الرسم بكافة وسائله سواء عن طريق الخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة والزخرفة والنقش. كما يدخل فيها مصنفات التصوير سواء كان فوتوغرافيا أو سينمائياً.

(د) المصنفات الحركية: وهي المصنفات التي يتم التعبير عنها بالحركة أو الخطوات الفنية كفنون الرقص المختلفة والتمثيل والألعاب الفنية.

---

(١) راجع السنهوري، المرجع السابق، رقم ٢١٠، ص ٢٦٨ ومابعدها، ديموا، المرجع السابق، رقم ٤٤، ص ٥٥، ٥٦.

المطلب الثانى

صاحب المصنـــــف

٧٧- نصت المادة ١٣٨ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أن «يعتبر مؤلفاً الشخص الذى يبتكر المصنف ويعد مؤلفاً للمصنف من يذكر اسمه عليه أو ينسب إليه عند نشره باعتباره مؤلفا له ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. ويسرى هذا الحكم على الاسم المستعار بشرط ألا يقوم شك فى حقيق شخصية المؤلف. فإذا قام الشك اعتبر ناشر أو منتج المصنف سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً ممثلاً للمؤلف فى مباشرة حقوقه إلى أن يتم التعرف على حقيقة شخص المؤلف».

ويستفاد من هذا النص أن نشر المصنف منسوباً إلى شخص معين يعد قرينة على أنه صاحب المصنف، فإذا ادعى شخص آخر ما يناقض هذه القرينة فإنه يستطيع أن يقيم الدليل بكل الطرق على صحة ادعائه. غير أن المشرع لم يتطلب أن يحدد المؤلف بالضرورة ذاتيته بطريقة واضحة فقد أجاز أن ينشر المصنف تحت اسم مستعار، أو أن ينشر بأى طريقة أخرى. ومن قبيل الطرق الأخرى المشار إليها، أن ينشر المصنف تحت علامة أو رمز معين. كما يتصور أن يتم النشر بغير اسم أو علامة. فإذا ثار نزاع حول صاحب المصنف، فى هذه الفروض الأخيرة، فإن لصاحبه أن يقيم الدليل على أنه صاحب المصنف، وأن الاسم المستعار، أو العلامة المميزة، إنما هو له.

ويترتب على هذه التحديدات السابقة أن نص المادة ١٣٨ السالف ذكرها تقرر أن نشر مصنف باسم معين يعد قرينة بسيطة على نسبة المصنف لصاحب

الاسم. أما فى الحالات الأخرى التى لا يذكر فيها الاسم الحقيق، فيجب ألا يقوم أدنى شك فى **حقيقة شخصية المؤلف**. وفى حالة النزاع حول حقيقة هذا الموضوع فإن المسألة تصبح مسألة اثبات بين المتنازعين.

ويلاحظ **أخيراً**، وبصفة عامة، أن الأصل أن يوضع اسم المؤلف الحقيقى على المصنف، كما أن الغالب أن يكون المؤلف شخصاً واحداً لا أكثر. ولكن الفروض العكسية واردة، وهى تثير بعض المشاكل الخاصة. لذلك سنعرض فيما يلى للفروض الثلاثة المتصورة وهى: عدم ذكر الاسم الحقيقى، وحالتى تعدد المؤلفين: المصنف المشتركة، المصنف الجماعى.

البند الأول

عدم ذكر اسم المؤلف الحقيقى

٧٨- قد لا يذكر المؤلف اسمه الحقيقى، بل ينشر مصنفه إما تحت اسم مستعار أو غفلا من الاسم (راجع م ٣/١٣٨). ويثير هذا الفرض مشكلة كيفية ممارسة المؤلف لحقوق المؤلف. ولا شك فى أن صاحب المصنف هو مؤلفه الحقيقى، وله فى أى وقت من الأوقات أن يكشف عن شخصيته الحقيقية[١] بعد أن يقيم الدليل، عند المنازعة، على ذلك بكل الطرق[٢].

وقد نظمت المادة ١٣٨ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ كيفية ممارسة حقوق المؤلف قبل الكشف عن شخصيته الحقيقية فى المصنفات التى تحمل اسماً

---

(١) موسوعة داللوز، السابق، رقم ١٠٨.

(٢) راجع: محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الحق، ١٩٧٧، ص ٥٠ ومابعدها.

مستعاراً أو التى لا تحمل اسم المؤلف، حيث يعتبر أن الناشر لها قد فوّضَ من المؤلف فى مباشرة الحقوق المقررة فى القانون، ما لم ينصب المؤلف وكيلا آخر أو يعلن شخصيته ويثبت صفته. ويواجه هذا الفرض المشكلة بأسلوب عملى، فحين يخفى المؤلف الحقيقى شخصيته فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين، **الأول** هو أن يكون قد عين وكيلا ليباشر نيابة عنه حقوقالمؤلف، وإما ألا يكون المؤلف قد عين وكيلا (راجع م ١٧٦). **وفى هذه الحالة الأخيرة** افترض المشرع أن يكون المؤلف قد فوض الناشر في مباشرة الحقوق المشار إليها إلى أن يتم التعرف على حقيقة شخص المؤلف، وهو افتراض أقرب إلى الاحتمال المعقول، ويستهدف تيسير التعامل فى شأن المصنف.

وللوكيل، أو الناشر، حسب التفصيل السابق، أن يباشر حقوق المؤلف الأدبية والمالية، وله وفقاً لهذا الحكم أن يرد أى اعتداء على تلك الحقوق. غير أن مباشرة حقوق المؤلف نيابة عنه تتقيد بما يضعه من قيود، وما قد يصدره من تعليمات. ويضاف إلى هذا القيد العام قيدين آخرين يتعين أن يلتزم بهما النائب أو الوكيل، هما[1]:

١- عدم سحب المصنف، ذلك أن هذه المكنة هى من مظاهر الحق الأدبى المتروكة للتقدير الشخصى البحت للمؤلف.

٢- يمتنع على النائب أو الوكيل أن يكشف عن شخصية المؤلف الحقيقية إلا بعد الحصول على اذنه.

---

(١) راجع: السنهورى، المرجع السابق، رقم ١٩٣، ص ٢٣١ وما بعدها.

ويلاحظ أخيراً ما نصت عليه المادة ١٦٣ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أن «تبدأ هذه الحماية بالنسبة للمصنفات التى تنشر غفلاً من اسم المؤلف أو باسم مستعار من تاريخ نشرها أو اتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد، فإذا كان مؤلفها شخصا معروفاً ومحدداً، أو كشف مؤلفها عن شخصه، فتكون هذه الحماية مدى حياته ولمدة خمسين سنة من تاريخ وفاة هذا المؤلف».

وقد خرج هذا النص الأخير على القاعدة الأساسية فى حساب بداية مدة سقوط حقوق الاستغلال المالى، فالأصل أنها تبدأ منذ تاريخ وفاة المؤلف، ولكن نص المادة يقرر أن حساب المدة بالنسبة للمصنفات التى لا تنشر تحت الاسم الحقيقى لمؤلفها، يكون منذ النشر، وذلك ما لم يكشف المؤلف الحقيقى عن شخصيته خلالها، فإن فعل، بدأت المدة من تاريخ الوفاة.

البند الثانى

تعدد مؤلفى المصنف

نظم قانون حماية حق المؤلف مسألة التعدد فى التأليف، وقد فرق المشرع بين نوعين من هذه المصنفات: **النوع الأول** ويسمى بالمصنف المشترك، ويسمى **الثانى** المصنف الجماعى:

أولا - المصنف المشترك

٧٩- نصت المادة ٥/١٣٨ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أن المصنف

---

(١) حيث تنص المادة ١٦٠ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أن تحمى حقوق الاستغلال المالى مدة حياة المؤلف ولمدة خمسين سنة على وفاته.

المشترك هو الذى «لا يندرج ضمن المصنفات الجماعية، ويشترك فى وضعه أكثر من شخص سواء أمكن فصل نصيب كل منهم فيه أو لم يمكن». ومن المتصور أن يكون المصنف المشترك عبارة عن أجزاء من أنواع مختلفة من الفنون أو الآداب (م١٧٤ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢)[١].

ويلاحظ أن فكرة الاشتراك تقتضى أن يبذل كل مؤلف جهداً حقيقاً فى اعداد المصنف والوصول به إلى شكله النهائى[٢]. غير أن عطاء كل مؤلف لا يتضمن بالضرورة المساهمة فى كل جزء من جزئياته[٣]، إذ يكفى، على سبيل المثال، أن يكون المشارك قد قدم نصائحه أو انتقاداته وتوجيهاته فى بعض أجزاء المصنف[٤].

وينبنى على ما سبق أن **الجهد الذى لا يرقى إلى درجة كافية من الفعالية والجدية لا تتوافر معه فكرة المشاركة**، لذلك فإن مجرد المراجعة أو التعديل فى بعض الكلمات أو التعبيرات لا يكفى لتحقق المشاركة المقصودة قانوناً. والأمر متروك لتقدير قاضى الموضوع فى كل حالة على حدة.

وتطبيقاً لما سبق، قضت محكمة النقض المصرية بأن «تقدير المشاركة

---

(١) راجع: موسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٧٨، محكمة باريس فى ٦ مارس سنة ١٩٢٠، داللوز الدورى، ١٩٢٢-٢-٥٩؛ وراجع: أحمد سلامة، المدخل، نظرية الحق، رقم ١٧١، ص ٣٠٥، توفيق فرج، المدخل، رقم ٢١٩، ص ٥٢٦، حسن كيرة، أصول القانون، رقم ٢٥٥، ص٦٣٩، عاطف عبد الحميد، السلطات الأدبية لحق المؤلف، ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، ص٥١.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، رقم ١٩٦، ص ٣٣٧ هامش ٦.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، الموضع السابق.

(٤) موسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٧٨.

الذهنية فى التأليف من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع، مادام حكمه يقوم على أسباب سائغة، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى عن الطاعن اشتراكه فى تأليف الكتاب موضوع النزاع، استناداً إلى أن الأدلة التى تقدم بها إنما هى تعليقات بخطه على أصل الكتاب، أثبت الخبير المنتدب أنها لا تتجاوز استبدال كلمة بأخرى أو مثلا بآخر، وهى فى مجموعها لا تدل على مشاركة ذهنية وتبادل فى الرأى جاء الكتاب نتيجته، فإن هذا الذى أورده الحكم يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها»[١].

مباشرة حقوق المؤلف بالنسبة للمؤلفين المشاركين:

٨٠- نصت المادة ١٧٤ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، على أن لكل من المؤلفين المشتركين فى التأليف الحق فى رفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف. ومفاد هذا الحكم أن لكل منهم صفة فى الدفاع عن حق المؤلف سواء فى جوانبه المالية أو الأدبية، فمصالحهم فى هذا الصدد متساوية[٢]. بل ان هذا الحق يتقرر لكل مؤلف ضد شريكه الذى يهدد مصلحة المجموع، سواء بقعوده عن الدفاع عن الحق، أو باتيانه أى عمل يضر بمصالحهم[٣].

أما بالنسبة لحقوق التأليف الأخرى - بخلاف حق رفع الدعوى - فيتعين التفرقة بين فرضين: **الفرض الأول** عرضت له المادة ١٧٤ السالف ذكرها، وهو فرض عدم قابلية المصنف للتجزئة. أما **الفرض الثانى** فهو فرض قابلية

---

(١) نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٦٢، مجموعة أحكام النقض ٦٣ رقم ٤ ص ٣٤.

(٢) راجع: محكمة السين فى ١٦ مارس ١٩٣٤، الأسبوع القانونى ١٩٣٤، ٥٥٧.

(٣) موسوعة دالloz، السابق، رقم ٣٧٨.

المصنف للتجزئة، وقد عبرت عنه المادة ١٧٤ من القانون بأنه «إذا كان اشتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلفُ من الفن....».

ونعرض، فيما يلي، لكل من الفرضين السابقين على حدة:

الفرض الأول - المصنف غير القابل للانقسام:

٨١- وقد عبرت عن هذا الفرض المادة ١٧٤ من قانون حماية الملكية الفكرية حيث ذكرت «إذا اشترك أكثر من شخص فى تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك». ومفاد ذلك أن نصيب كل مؤلف، من المساهمة فى العمل المشترك، لا يتحدد استقلالاً عن أنصبة الآخرين. ومن هذا القبيل اشتراك عدة أشخاص فى تأليف مقطوعة موسيقية، أو نشيد وطنى، أو فى رسم صورَة، أو نحت تمثال، أو وضع نص سينمائى أو إذاعى أو علمى أو مسرحى.

وقد اقتضت «وحدة المصنف» اعتبار الجميع - أى جميع المؤلفين - أصحاباً للمصنف بالتساوي فيما بينهم (ما لم يتفق كتابة على غير ذلك).

وأول أسلوب لمباشرة حقوق المؤلف هو أسلوب اتفاق المؤلفين، فقد يتم الاتفاق على تخويل واحد من بينهم سلطة استغلال المصنف، كأن يخول سلطة الاتفاق مع أحد الناشرين، أو سلطة الاتفاق مع شخص آخر لتحويل المصنف، أو تحويره، أو ترجمته أو التعليق عليه.... الخ. وقد يتفق على أن تمارس الأغلبية حقوق الاستغلال المالى مع اعطاء الأقلية مكنة الاعتراض إذا رأت وجهاً لذلك[1].

---

(١) راجع: موسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٨٠، وراجع محكمة روان ٩ مارس ١٨٦٦، سيرى: ١٨٦٦-٢-١٣٩، باريس ٢٧ فبراير سنة ١٩١٨، جازيت دى باليه، ١٩١٨- ١٩١٩- ١- ١٢٥.

ويلاحظ أن حقوق المؤلف التي تتم مباشرتها بمقتضى الاتفاق، على النحو السابق، لابد أن تستهدف تحقيق المصلحة المشتركة للمؤلفين[١]، كذلك الاعتراض لا يجوز أن يكون تعسفيا[٢].

أما إذا لم يوجد اتفاق، على النحو السابق، فإن وحدة المصنف المشترك، وعدم قابليته للتجزئة، قد اقتضت وضع قاعدة المباشرة الجماعية لحقوق المؤلف، بحيث يتعين اتفاق المؤلفين جميعا على كيفية استغلالها والتصرف فيها ولا يجوز لأحدهم الانفراد بمباشرة حقوق المؤلف بغير الاتفاق المكتوب (م ١٧٤).

غير أن اتفاق جميع المؤلفين قد يصبح أمراً متعذراً في بعض الحالات: كما في حالة تعارض المصالح في صدد وجه من وجوه الاستغلال، أو حالة اختلاف وجهات النظر في تقدير المصلحة التي تعود من ورائه، وفي هذه الحالة يتعين رفع الأمر إلى المحكمة[٣] لتفصل فيه.

الفرض الثاني: المصنف الذي يقبل الانقسام:

٨٢- وفي هذا الفرض يمكن تمييز نصيب كل من شارك في المصنف. وتتحقق هذه الصورة «إذا كان اشتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلف

---

(١) راجع: موسوعة دالloz السابق، رقم ٣٧٩ و٣٨٠، وراجع السنهوري، المرجع السابق، رقم ١٩٦، ص ٣٣٨.

(٢) موسوعة داللوز، السابق، رقم ٨-٣٧٩.

(٣) راجع السنهوري، المرجع السابق، الموضع السابق، موسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٧٩.

من الفن»[١]. ومن قبيل ذلك أن يشترك مؤلفان فى وضع كتاب عن الطب والقانون، فيختص أحدهما بتناول الجانب القانونى، ويختص الثانى بتناول الجانب الطبى، كل فى قسم مستقل، أو أن يشترك شخصان فى وضع أغنية واحدة بحيث يقوم الأول بتأليف كلماتها ويستقل الثانى بالتلحين. وتتحقق هذه الصورة أيضا لو أن مؤلفين قد وضعا كتابا فى موضوع واحد ولكن كل منهما استقل بوضع جزء محدد من المصنف. وبالتالى فإن المشاركة فى مصنف يقبل التجزئة قد تتضمن أنواعا مختلفة من الفنون، كما جاء بالمادة ١٧٤ من القانون، ولكنها قد تتضمن أيضاً المشاركة فى اطار نوع واحد من الفن أو الأدب أو العلم، عندما يساهم كل مؤلف بجزء متميز.

ولعل من نافلة القول أن نكرر أن مباشرة حقوق المؤلف تتم بالأسلوب التى يتم الاتفاق عليه بين المشتركين فى المصنف، كما أن لكل واحد منهم الحق فى الدفاع، منفرداً، عن الجوانب المالية والأدبية للمصنف المشترك. وفى ذلك يتفق هذا الفرض الثانى مع ما سبق تقريره فى الفرض الأول.

غير أن القابلية للانقسام اقتضت، فى هذا الفرض الثانى، حكما مختلفا، إذ يجوز، وفقاً للمادة ١٧٤ من القانون، لكل من المؤلفين المشتركين فى المصنف أن يستقل باستغلال الجزء الذى يخصه[٢]. وتطبيقاً لذلك يجوز لمن

---

(١) م ١٧٤ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

(٢) كان بعض القضاء الفرنسى يذهب، قديماً، إلى عدم جواز انفرد أحد المؤلفين باستغلال نصيبه بغير موافقة شركائه. راجع: موسوعة داللوز، السابقة، رقم ٣٨٢، وحكم محكمة باريس فى ١٢ يوليو سنة ١٨٥٥، داللوز الدورى، ١٨٥٥-٢-٢٥٧، وباريس فى ٢٧ فبراير سنة ١٩١٨، جازيت دى باليه ١٩١٨-١٩١٩-١-١٢٥ السابق الاشارة إليه، ثم عدل القضاء الفرنسى عن هذا الحكم إلى الحكم العكسى الذى تبناه المشرع الفرنسى وتبعه في ذلك المشرع المصرى فى المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف الملغى والمادة ١٧٤ من القانون الحالى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

شارك فى مصنف فى فن واحد أو فنون عدة أن يستغل كامل نصيبه أو جزء منه، بأن يعيد نشره، أو أن يحوره لخدمة عمل آخر.... الخ.

ولا يخل الحكم المذكور بما قد يكون بين المؤلفين من اتفاقات تنظم هذا الأمر، كما أن استقلال المؤلف المشارك باستغلال نصيبه لا يجوز أن يؤدى إلى الاخلال باستغلال المصنف المشترك أو انتشاره، وبصفة عامة لا يجوز أن تمارس هذه المكنة على نحو يلحق ضرراً بالشركاء الآخرين[١].

ثانيا: المصنف الجماعى

٨٣- المصنف الجماعى هو المؤلف الذى تضعه مجموعة من الأفراد بناء على توجيه من شخص طبيعى، أو معنوى، يتولى نشره تحت إدارته وباسمه[٢]. وقد وضعت المادة ١٣٨/٤ من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ تعريفاً للمصنف الجماعى بأنه المصنف الذى يشترك فى وضعه أكثر من شخص بتوجيه شخص طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه، ويندمج عمل المؤلفين فيه فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص، بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتمييزه على حدة. ويعتبر الشخص الطبيعى أو المعنوى، الذى وجه إلى ابتكار هذا المصنف ونظمه، مؤلفاً، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف.

---

(١) راجع: موسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٨٢، السنهورى، المرجع السابق، رقم ١٩٦ ص٣٣٩ و٣٤٠.

(٢) راجع: عاطف عبد الحميد، البحث السابق الاشارة إليه، ص ٨١ ومابعدها.

ويتفق المصنف الجماعي مع المصنف المشترك في أنه يأتي ثمرة لاشتراك عدة أشخاص، ولكنه يختلف عنه في أن العمل يتم لحساب، وتحت اشراف، شخص طبيعي أو معنوي، وتحقيقاً لأهدافه.

ومن أمثلة المصنفات الجماعية دوائر المعارف (دائرة المعارف الفرنسية ودائرة المعارف البريطانية)، والموسوعات العلمية (موسوعة داللوز).

ففي مثل هذه الفروض يتم تكليف مجموعة من المؤلفين لانجاز مصنف معين، بحيث تتضافر جهودهم لتحقيق الهدف المقصود.

ويلاحظ على نص المادة ١٣٨، من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، من ناحية، أنه افترض أن عطاء كل من المشتركين في المصنف قد اندمج في الهدف العام بحيث لا يمكن تمييزه عن عطاء زملائه، وهو فرض قائم، ولكنه ليس بالفرض الوحيد المتصور. فمن الممكن أن تكون مساهمة كل من المؤلفين متميزة بحيث يمكن فصلها عن باقي أجزاء المصنف الجماعي، كما لو كان المصنف هو عمل علمي جماعي، كدائرة علمية تتضمن مجموعة من البحوث منسوب كل منها إلى مؤلف بذاته. والفارق بين هذين النموذجين أن النموذج الأول (عدم القابلية للتجزئة) لا يسمح للمشتركين في التأليف بممارسة أية حقوق مالية أو أدبية، وذلك بسبب أن ما قدمه لا ينفصل عن الهدف المقصود من وراء المصنف الجماعي. أما في النموذج الثاني، وهو حالة تمييز عمل كل مؤلف عن عمل زملائه، فإن لكل من المؤلفين أن يباشر حقوق المؤلف المالية والأدبية على الجزء الذي يخصه. غير أن هذه المكنة لا يجوز أن تتعارض مع مقتضيات المصنف الجماعي وتحقيقه للهدف الذي أعد

من أجله[١] لذلك لا تتصور أن تكون الممارسة الفردية، المشار إليها، لحقوق التأليف، إلا محدودة فى أضيق الحدود[٢].

ومن ناحية أخرى، فإن نص المادة ١٣٨ المذكور سلفا، يثير مشكلة الفصل بين التأليف الحقيقى وبين صفة المؤلف. ففى فرض المصنف الجماعى، الذى لا ينفصل جهد كل مؤلف فيه عن الهدف المقصود منه، تتقرر حقوق المؤلف المالية والأدبية للشخص الطبيعى أو المعنوى الذي تم العمل لحسابه وتحت إدارته وتوجيهه. وهذا الاسناد الكلى لحقوق المؤلف المالية والأدبية لغير من قام بالتأليف الحقيقى، هو أمر غريب لا يبرره، في تقديرنا، إلا الحرص على الهدف الذى يتوخاه الشخص الذي وجه العمل، حيث يخشى على سلامة هذا الهدف لو أعطى كل مؤلف قدراً من السلطات بقدر ما بذل من مساهمة.

ومن ناحية أخيرة، فإن الأمر السابق يبدو أكثر غرابة فى حالة المصنف الجماعى الذى يتم لحساب شخص معنوى. ذلك أن طبيعة الشخص المعنوى لا تتفق مع صفة المؤلف، لهذه الصفة تستند إلى قدرة الخلق الذهنية، الأمر الذى لا يتصور إلا بالنسبة للشخص الطبيعى. لذلك فبالنسبة لفرض الشخص المعنوى، فقد أسْنِدَ الأمر (أمر التأليف) إلى غير صاحبه الحقيقى، ثم أنه أسند إلى شخص معنوى تتعارض طبيعته مع فكرة التأليف ذاتها[٣]. ومع ذلك فلا

---

(١) موسوعة داللوز، السابق، رقم ١٢٤، أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٠٨، توفيق فرج، المرجع السابق، رقم ٣٢٠، ص ٥٢٩، حسن كيره، أصول القانون، ص ٩٤٣.

(٢) كذلك لا تتعارض المكنة المذكورة مع التسليم للشخص الطبيعى أو المعنوى بحقوق المؤلف على المصنف الجماعى فى مجمله.

(٣) راجع: موسوعة داللوز، السابق، رقم ١٠٣.

يوجد فى هذا الصدد تحفظ، حيث تكون مباشرة حقوق المؤلف - فى المصنف الجماعى - للشخص الطبيعى أو المعنوى، وهى تكون له وحده بحسب الأصل.

المطلب الثالث

مضمون حق المؤلف

٨٤- يتمتع المؤلف بحقوق مالية وأدبية على مصنفه إذ أن للمؤلف وحده الحق فى تقرير نشر مصنفه، وفى تعيين طريقة هذا النشر، وله وحده الحق فى استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال.

ويشير هذا المضمون السابق إلى جَانبىّ حق المؤلف، وهما الجانب الأدبى والجانب المالى.

ومفاد الجانب الأول (الجانب الأدبى) نسبة المصنف إلى صاحبه وتخويله سلطات نشر المصنف، وتعديله وتحويره، وسحبه من التداول.

أما الجانب المالى فيتعلق بالحصول على ثمار الاستغلال المالى للمصنف، وبالتالى إجراء التصرفات القانونية التى تلزم لتحقيق هذا الهدف.

وفى جميع الحالات يخول حق المؤلف لصاحبه صفة الدفاع عن الحق بجانبيه ضد أى اعتداء.

ونعرض فيما يلى لكل من الجانبين السابقين على حدة.

البند الأول

الحق الأدبى للمؤلف[١]

٨٥- يعتبر الجانب الأدبى فى حق المؤلف لصيقاً بشخصية المؤلف[٢]، إذ يتمثل فى الفكرة المبتكرة الأدبية أو الفنية أو العلمية. ويثبت للمؤلف حقه الأدبى على تلك الفكرة بمجرد وجودها، الذي يتم التعبير عنه بالوسائل المختلفة السابق عرضها. ولا يشترط لوجود الحق أن يقوم صاحبه بنشر مصنفه.

ومن أهم المظاهر المبدئية لحماية الحق الأدبى **نسبة المصنف إلى صاحبه**. ويعبر عن هذا الحكم بأن للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب إليه مصنفه وفى أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق، والحق فى إتاحته للجمهور لأول مرة، والحق فى منع التعديل الذى يؤدى إلى التشويه والتحريف وهى حقوق غير قابلة للتقادم أو للتنازل عنها (م ١٤٣).

وللمؤلف، استناداً إلى ذلك، أن يلحق بمصنفه اسمه ولقبه ومؤهلاته العلمية، وأن يتمسك بذكر هذه التحديدات عند أى اعلان للدعاية[٣] سواء بمناسبة النشر، أو بمناسبة تحوير المصنف إلى عمل سينمائى، أو اذاعى، أو تلفزيونى... الخ.

---

(١) راجع: عاطف عبد الحميد، السلطات الأدبية لحق المؤلف، ٢٠٠٢، دار النهضة العربية.

(٢) راجع: ديبوا، حق المؤلف فى فرنسا، حيث يعبر عن الجانب الأدبى بأنه «مرآة الشخصية»؛ وراجع: عبد الرشيد مأمون، الحق الأدبى للمؤلف، رسالة من القاهرة ١٩٧٥، عبد المنعم البدراوى، المدخل للقانون الخاص ١٩٥٧، رقم ٢٦٧ ومابعدها، ص ٢٦٦ ومابعدها.

(٣) راجع: محكمة السين ٢٠ فبراير ١٩٢٢، مشار إليه فى موسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٦٦، ونقض جنائى ١٩ مارس ١٩٢٦، داللوز الدورى، ١٩٢٧-١-٢٥ والتعليق.

ويعد الأمر السابق نتيجة حتمية للصلة الوثيقة بين المصنف وصاحبه، وبالتالي، فهو لا يتوقف على أي اتفاق، بل ان أي تعهد من جانب المؤلف بعدم الكشف عن شخصيته، أو بالتنازل عن أبوته لمصنفه، يعد باطلا. وقد نصت المادة ١٤٥ من قانون حماية الملكية الفكرية على أن «يقع باطلا بطلانا مطلقا كل تصرف يرد على أي من الحقوق الأدبية للمؤلف».

ويطبق ذات الحكم السابق، بذات الحدود، في حالة المصنفات المشتركة، حيث يصبح لكل مشترك أن يتمسك بذكر اسمه، وأي تجاهل للاسم من جانب الشركاء، يعد خطأ يستوجب المسئولية[1].

ويثير حق الأبوة مشاكل متعددة، من الناحية العملية، فيما يتعلق بالأعمال السينمائية، خاصة عند الاعلان عن الفيلم بوسائل الدعاية المختلفة، فللفنان أن يتمسك، ضد منتج العمل الفني، بذكر اسمه كاملا[2]،[3].

وإذا توفي المؤلف، بعد أن أعلن نسبة المصنف إليه، تعين على الورثة احترام هذه الأبوة والدفاع عنها.

أما إذا توفي المؤلف دون أن يفصح عن شخصيته، فلا يجوز للورثة

---

(١) راجع: باريس ٩ فبراير سنة ١٩٣١، داللوز الأسبوعي ١٩٣١، ملخص ٤٨ وراجع موسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٦٦.

(٢) راجع: أحكام متعددة منها: محكمة كليرمنت Clermont ٣٠ مايو ١٩٥١، داللوز ١٩٥١، ص ٧٨٠، محكمة كوسيه Cusset ٢٤ ديسمبر ١٩٣٠ جازيت دي باليه ١٩٣١-١-٢٢٤، والأحكام الأخرى المشار إليها في موسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٦٧.

(٣) راجع ما سبق، رقم ٧٨ عن حق المؤلف في عدم ذكر اسمه الحقيقي.

الكشف عن شخصيته إلا إذا كان قد أذن لهم فى ذلك. ذلك أن المؤلف، الذى أخفى شخصيته، قد عبر عن إرادته فى بقاء اسمه مستوراً، وبالتالى يتعين على الورثة احترام هذه الإرادة(١).

الحقوق الأخرى التى يخولها الجانب الأدبى لصاحبه:

يخول الجانب الأدبى حقوقا متعددة وهامة هى: حق نشر المصنف، حق تعديل المصنف، حق سحب المصنف من التداول. ونعرض لكل من هذه الحقوق فيما يلى:

أولا: حق نشر المصنف:

٨٩- اقتضى الجانب الأدبى أن يترك للمؤلف مكنة تقدير صلاحية مؤلفه للنشر من عدمه. فكما سبقت الاشارة يعد حق المؤلف لصيقاً بشخصية صاحبه، ونزولا على هذا المعنى السابق فإن مبدأ النشر يرتبط باعتبارات تتعلق بالسمعة العلمية أو الفنية أو الأدبية للمؤلف. وبالتالى يتعين أن يكون هو صاحب الكلمة النهائية فى تقدير أسلوب المحافظة على هذه الاعتبارات الجوهرية.

وقد نصت المادة ١٤٣ من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، نزولا على المقتضى السابق، على أن للمؤلف وخلفه العام الحق فى اتاحة المصنف للجمهور لأول مرة.

ومن النتائج الأساسية للحكم السابق، أنه لا يمكن اجبار المؤلف على نشر مصنفه بأى حال من الأحوال، إذ من حقه أن يحتفظ به لنفسه، أو أن يسلمه

---

(١) السنهورى، المرجع السابق رقم ٢٣٩، ص ٤١٥، ٤١٦.

لصديق للاحتفاظ به سراً لا يذاع، أو أن يخص به قلة محدودة من خلصائه. وقد تعنى هذه المرحلة، اللاحقة لوجود المصنف كفكرة تم التعبير عنها، والسابقة على النشر، الشئ الكثير بالنسبة للمؤلف، ففيها يكون قد عبر عن خوالج نفسه، وما يعتمل فى فكره أو وجدانه، من آراء وأفكار ومشاعر[١].

وبالتالى يكون قد حقق وجوداً فنياً معبراً عن قدرته الخلاقة «مع نفسه، ولنفسه»[٢] ولكنه قدر أن الوقت غير مناسب لنشر المصنف وعرضه على الجمهور. ويستوى فى ذلك أن يعود عدم النشر إلى أسباب فنية، أو أدبية، أو علمية، ففى جميع الحالات يتعلق الأمر بما يعد من اطلاقاته بغير تعقيب.

أما إذا قدر المؤلف صلاحية مصنفه للنشر، فإن له أن يحدد الوقت المناسب للنشر، كما أن له أن يختار طريقة النشر التى يراها مناسبة، إذ للمؤلف وحده تعيين «طريقة النشر»[٣]، وللمؤلف، تطبيقاً لهذا المعنى الأخير، أن ينشر مصنفه - حسب نوعه - على شكل كتاب، أو مقال، أو أن يعرضه فى معرض، أو أن يقدمه مادة لعمل مسرحى، أو سينمائى، أو تليفزيونى، أو اذاعى[٤].

---

(١) راجع: بيير رشت Pierre Recht، حق المؤلف (١٩٦٩)، ص ٣٠٠.

(٢) راجع: ديبوا، حق المؤلف، رقم ٣٨٥، ص ٤٢٥ من الأمثلة على هذا الوضع فى الأدب العالمى مؤلفات فرانز كافكا الذى سلم ما خطه بقلمه من كتابات أدبية لصديقه ماكس بورد وأوصاه بعدم نشرها لا فى حياته ولا بعد مماته، غير أن ماكس بورد، وبعد تردد طويل، قام بنشر أدب صديقه، مخالفا بذلك وصية المؤلف.

(٣) راجع: توفيق فرج، المدخل، رقم ٣٢٥، ص ٥٢٥، ٥٤٦.

(٤) السنهورى، المرجع السابق، رقم ٢٣٤، ص ٤٠٩، ٤١٠.

بل إن اختصاص المؤلف بتحديد طريقة النشر تخوله أن يضع للنشر حدوداً معينة، وألا يسمح به إلا على نحو بذاته، ويتعين احترام هذه الإرادة. وتطبيقاً لذلك، فإن موافقة المؤلف على نشر مصنفه، كقصة أدبية لا تجيز - بغير موافقة جديدة - أن تتحول القصة إلى فيلم سينمائى، والموافقة على تقديم المصنف على خشبة المسرح لا تجيز نشره كمؤلف أدبى للسوق... الخ[١].

التعاقد على النشر وأثره على مكنات الحق الأدبى:

٨٧- قد يتعاقد المؤلف مع ناشر، أو مع أحد العملاء، على تسليم مصنف معين يتفق عليه. والسؤال الذى يثيره هذا الاتفاق هو مدى أثره بالنسبة لحرية المؤلف فى الامتناع عن تنفيذ تعهده، عملا بمقتضى الحق الأدبى، الذى يجعل من النشر أمراً تقديرياً يستقل به المؤلف، ويتعذر اجباره على اتيانه. ويتضح من وضع المشكلة، على هذا النحو، أن حرية المؤلف فى النشر تتعارض، فى الفرض المعروض، مع القوة الملزمة للعقد الذى أبرمه[٢].

ويعود السبب فى حساسية هذه المشكلة إلى أن قيام المؤلف باتمام مصنفه أمر تخالطه اعتبارات نفسية وفنية، فضلا عما يضاف إلى هذه الاعتبارات من ملابسات المحافظة على السمعة الفنية أو الأدبية... الخ. فقد يقدر الفنان أو الأديب، أو العالم، أنه غير قادر على اتمام العمل على النحو الذى يرضيه،

---

(١) موسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٤٦، راجع: ديبوا، حق المؤلف، رقم ٣٨٥ ومابعدها، ص٤٢٥ ومابعدها، عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص ٢٨٤ ومابعدها.

(٢) راجع فى الموضوع، ديبوا، حق المؤلف، رقم ٥٣١ ومابعدها، موسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٤٧، رشت، المرجع السابق، ص ٣٠١، عبد الرشيد مأمون، الرسالة السابقة، ص ٢٨٦ ومابعدها.

وبالتـالى يكون فى اجبـاره على النشـر، فى هذه الحـالة، اخـلال بمقـتـضى الحق الأدبى.

وقد أثيرت هذه المسألة فى قضية قديمة شهيرة عرضها القضاء الفرنسى، هى قضية Whisler ضد Eden، حيث تعهد الثانى بأن يرسم صورة للأول، ولكنه تخلف عن تسليم اللوحة المطلوبة. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى هذه القضية، بأن العميل ليس له أى حق على الصورة محل الخلاف، وأن القاضى لا يستطيع إلا أن يقضى بالتعويض إذا توافر عنصرا الخطأ والضرر(١).

غير أن رأياً آخر يذهب إلى امكان اجبار المؤلف على التسليم خاصة حين يتبين من ملابسات النزاع أنه تخلف عن الوفاء بالتزامه نحو المتعاقد سعياً وراء صفقة أكثر ربحاً مع متعاقد آخر. ففى هذه الحالة يكون المؤلف قد أساء استعمال حقه الأدبى، ومن ثم يستطيع المتعاقد الأول أن ينتزع العمل من يد المتعاقد الآخر، ويعتبر التنفيذ العينى خير تعويض عن اساءة المؤلف لاستعمال حقه وتواطئه مع ذلك المتعاقد الآخر»(٢).

ونعتقد أنه من العسير الأخذ بالرأى الأخير، ذلك أن الأمر يقتضي البت فى مسألة دقيقة وهى هل المصنف، محل النزاع، قد أصبح نهائيا، أى اكتملت مقوماته ومعالمه على النحو الذى يحقق ملكات المؤلف، ويحافظ على سمعته،

---

(١) نقض مدنى فرنسى ١٤ مارس ١٩٠، سيرى ١٩٠٠-١-٨٩.

(٢) من هذا الرأى: السنهورى، المرجع السابق، رقم ٦٣٥، ص ٤١١، ٤١٢، وحكم لمحكمة باريس فى ٤ يوليو ١٨٦٥ فى داللوز الدورى ١٨٦٥-٢-٢٠٧، ٤، وراجع فى الموضوع: موسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٤٧، ديبوا، حق المؤلف، رقم ٥٤ ومابعدها، ص ٦٥ ومابعدها.

أم أنه لم يصل إلى هذه المرحلة. والمشكلة على هذا النحو لا تنفصل عن شخصية المؤلف ونفسيته، وبالتالى فلا يبقى فى تقديرنا، للمتعاقد المضرور، إلا أن يطالب بالتعويض على النحو الذى ذهب إليه الرأى الأول.

وأخيرا، نلاحظ أنه لا مجال للمسئولية إذا ثبت أن سبب تخلف المؤلف عن تسليم المصنف هو وجود قوة قاهرة، حالت بينه وبين اخراج المصنف أو اتمامه.

ثانيا - حق تعديل المصنف وحق سحبه:

٨٨- وضع القانون الجديد ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ فى شأن حماية الملكية الفكرية نصا ينظم التعارض السالف الذكر حيث نصت المادة ١٤٤ من هذا القانون على أن «للمؤلف وحده - إذا طرأت أسباب جديدة - أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم **بمنع طرح مصنفه للتداول أو بسحبه من التداول أو بادخال تعديلات جوهرية عليه**[1] **برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى**. ويلزم المؤلف فى هذه الحالة أن يعوض مقدماً من آلت إليه حقوق الاستغلال المالى تعويضا عادلا فى غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم» (تقابل م٤٢ من القانون الملغى).

ويواجه هذا النص مكنات المؤلف بعد نشر المصنف. وليست هناك مشكلة إذا كان المؤلف قد قام بنشر مصنفه على نفقته الخاصة، وتحت مسئوليته الأدبية والمالية، إذ أن له، فى مثل هذا الفرض، أن يعدل فى مصنفه أو أن يسحبه من

---

(١) الأصل أن للمؤلف وحده ادخال ما يرى من التعديل والتحوير على مصنفه، وهو مبدأ يضع القاعدة الأصلية فى حالة عدم وجود حقوق للغير، كما أنه يستهدف حماية المصنف باعلان أنه ليس من اختصاص أحد، سوى المؤلف، أن يدخل تعديلا أو تحويرا على المصنف.

التداول، دون أن يصطدم بمصالح لأشخاص آخرين[1].

ولكن المشكلة تثور حين تكون حقوق الاستغلال المالى قد آلت لشخص آخر غير المؤلف، وذلك في حالة قيام المؤلف بالتصرف فى الحقوق المذكورة.

وقد ثار فى الفقه نقاش حول مدى ملاءمة اعطاء المؤلف سلطات واسعة (فى السحب والتعديل)، بعد التصرف فى حقوق الاستغلال المالى، فقد ذهب رأى إلى أن حق سحب المصنف، أو تعديله، يعد لازمة من لوازم حق النشر[2]، تدعم الأول ذات الاعتبارات التى تدعم الثانى. فقد يرى اليوم خطأ ما قدره صوابا بالأمس، فيصبح على خلاف معه أمسى. ويذهب رأى آخر إلى أن حق النشر يخول المؤلف مكنة أن ينشر أو أن يمتنع عن النشر «ولكنه لا يسمح له أن يأسف على نشر أتمه، فهذا الأسف، بمعنى العدول، فى هذا المقام، ليس من عناصر الحق المذكور[3].

أما الرأى الثالث فيخول المؤلف حق السحب (والتعديل) مع تخفيف وقعه، على من آلت إليه حقوق الاستغلال المالى، عن طريق الزام المؤلف بتعويض الأضرار المترتبة على مباشرته.

وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الاتجاه الأخير على النحو السالف ذكره فى

---

(١) أحمد سلامة، المدخل، نظرية الحق (١٩٧٤)، رقم ١٦٨، ص ٣٠٠.

(٢) راجع: ر. سافاتييه، تعليق على قانون ١٩٥٧، منشور فى J.C.P. ١٩٥٧-١٣٩٨ - رقم ٤٤.

(٣) راجع: رشت، المرجع السابق، ص ٣٠٥، مقال Sarraute بعنوان، التعسف فى الحق الأدبى، جازيت دى باليه ١٩٥٣-١-٤٩.

م١٤٤ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢. وقد كانت المذكرة الايضاحية للقانون السابق تعبر عن مبررات هذا الحكم حيث ذكرت أن «للمؤلف، فضلا عن ذلك، حق سحب المصنف من التداول أو تعديله تعديلا جوهريا وذلك إذا طرأت أسباب أدبية خطيرة تدعو إلى ذلك... ولم يغفل (المشرع) العقد المبرم بين المؤلف والناشر، فنص إلى جانب حق المؤلف فى سحب المصنف من التداول، على تعويض الناشر تعويضاً عادلا، وهو كل ما يبتغيه من وراء هذا العقد».

وقد أناط المشرع - فى حرص على الحكم المشار إليه بشقيه (حماية الحق الأدبى، وحماية حقوق الناشر) - أمر السحب بسلطة المحكمة الابتدائية وقيده بقيدين:

القيد الأول: أن تطرأ أسباب خطيرة تقتضى سحب المصنف. ومن قبيل الأسباب الخطيرة، المشار إليها، حدوث تطورات علمية أو أدبية أو فنية يصبح معها بقاء المصنف فى التداول ضارا بسمعة المؤلف أو غير معبر عن سليم أفكاره.

وإذا ثار خلاف حول خطورة هذه الأسباب كان القول الفصل للمحكمة، وبالتالى فمن المتصور ألا تقتنع المحكمة بخطورة المبررات فتحكم برفض طلب السحب.

القيد الثانى: ان نص المادة ١٤٤ من قانون حماية الملكية الفكرية قد قيد مكنة السحب بدفع التعويض العادل لمن آلت إليه حقوق الاستغلال المالى - وتحدد المحكمة الابتدائية أجلا يتم خلاله دفع التعويض الذى تقرره المحكمة، فإذا لم يتم الوفاء بالمبلغ المحكوم به، فى الأجل المضروب، زال أثر الحكم، وامتنع على المؤلف سحب مصنفه.

وقد يصادف هذا الحكم الأخير بعض النقد على أساس أن فيه اجحافا بمصالح المؤلف الذى قد لا تتوافر له المبالغ الكافية لدفع التعويض مقدما، وكان الأجدى أن يكتفى بتقديم كفيل، خاصة وأن المشرع قد قيد السحب بوجود أسباب خطيرة تبرره.

غير أنه مما يخفف من حدة النقد السابق، فى تقديرنا، أن المشرع فى المادة ١٤٤ من القانون، قد اعتبر السحب مكنة استثنائية، خاصة وأنه، فى الفرض المعروض فى النص القانونى، يمثل خروجاً على قاعدة القوة الملزمة للعقد المبرم بين المؤلف ومن آلت إليه حقوق الاستغلال المالى.

ومن ناحية ثانية، فليس من المستبعد أن يمثل السحب مصلحة مالية للمؤلف؛ مصلحة يخفيها تحت ستار مقتضيات الجانب الأدبى.

فقد يسعى المؤلف إلى ابرام عقد نشر جديد يحقق له مزايا مالية أكثر من العقد القائم. وقد يستهدف من وراء السحب ألا تؤثر النظريات المعروضة فى المصنف الأدبى أو العلمى (مثلا)، ماليا، على الطبعات القادمة لمؤلفاته.

لذلك فإن سؤالا هاما يثور فى هذا الصدد، وهو هل يجوز الاتفاق مقدما على حرمان المؤلف من مكنة سحب مصنفه، أو مكنة ادخال تعديلات جوهرية عليه؟ يبدو أن وصف الاستثناء المستفاد من نص المادة ١٤٤ قد يدفع إلى القول بجواز الاتفاق على حرمان المؤلف من حقه فى سحب مصنفه. ومع ذلك فالملاحظ أن نص المادة ١٤٤ من القانون لم يتحفظ، بالنسبة للحكم الوارد فيه، باقرار امكانية الاتفاق على ما يخالفه، فى حين أن مثل هذا التحفظ قد ورد فى نصوص أخرى متفرقة من القانون. هذا من حيث الصياغة القانونية. ومن

ناحية ثانية، وهذا هو الأهم، فإن اعتبار مكنة السحب من لوازم الحق الأدبى، يجعل منها مكنة لا يجوز التنازل عنها. وهو ما عبرت عنه المادة ١٤٥ ببطلان كل تصرف يرد على الحقوق الأدبية المنصوص عليها فى المادتين ١٤٣ و١٤٤.

ثالثا: الحق فى دفع الاعتداء على المصنف:

٨٩- للمؤلف أن يقتضى من الغير احترام مصنفه، واحترام كافة الحقوق التى يرتبها له القانون عليه. ويستهدف هذا الحكم أن يتقرر للمؤلف اتخاذ كافة الاجراءات التى يقتضيها صيانة انتاجه الفنى أو الأدبى أو العلمى. ويعتبر الفقه هذه المكنة العامة بمثابة العنصر الجوهرى فى الحق الأدبى، ذلك أن أى اعتداء، بالتعديل أو التحريف، إنما يمثل انتهاكاً لشخصية المؤلف ومساساً بسمعته ومكانته.

واتفاقاً مع هذه المعانى، للمؤلف وحده ادخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه، ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك، إلا بإذن كتابى منه أو ممن يخلفه. كما أن للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب إليه مصنفه، وفى أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق، وله كذلك أن يمنع أى حذف أو تغيير فى مصنفه (م ١٤٣ ثالثا).

ومفاد هذه المبادئ أن المؤلف هو صاحب الاختصاص الأصيل فى الدفاع عن مصنفه وحمايته ضدأى اعتداء. وأهم صور الاعتداء المتصورة[1] هى عدم

(١) راجع: رشت، المرجع السابق، ص ٢٩٠ ومابعدها، وموسوعة داللوز، السابق، رقم ٣٥٥ ومابعدها.

نسبة المصنف إلى صاحبه، أو التعديل فى المصنف بالحذف أو التعديل أو التحوير. وتبقى مكنة الدفاع المذكورة للمؤلف، وللمؤلف وحده، ما بقى على قيد الحياة.

ويترتب على التحديد الأخير أنه إذا تم التعاقد على نشر المصنف، فإن هذا الاتفاق لا يخول الناشر سلطة اجراء تعديل[١] أو حذف أو تحوير جوهرى على المصنف (م ١٤٣)، بل يذهب البعض إلى حد القول بأن أى اتفاق على تخويل الغير مكنة ادخال مثل هذه التعديلات يعد باطلاً ما لم يكن الاتفاق محددا بمواطن معينة. ويستند هذا الحكم إلى أن التعديل يعد من حقوق الجانب الأدبى التى لا يجوز أن يرد عليها تنازل غير محدود[٢].

غير أن المشرع قد أورد بعض الاستثناءات خفف فيها من مقتضى دفاع المولف عن مصنفه. وقد كان رائده فى ذلك من ناحية، تحقيق بعض أوجه المصلحة العامة، باعتبار أن للمجتمع حقا فى تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى. ومن ناحية أخرى فإن بعض الاعتبارات الفنية قد تفرض عدم التزمت فى منع التعديل أو التحوير فى حالات معينة.

---

(١) راجع: محكمة اكس Aix en provence فى ٢٦ يناير سنة ١٩٦٦، داللوز ١٩٦٦ ص١٧٠ راجع ديبوا، حق المؤلف، رقم ٤٤٩، ص ٤٨٨ ومابعدها.

(٢) موسوعة داللوز، رقم ٣٥٥ ومابعدها خاصة رقم ٢٦٢، السنهورى، المرجع السابق، رقم ٣٤٠، ص ٤١٧ خاصة هامش ١١. وراجع حكمى محكمة السين فى ٦ و٧ ابريل سنة ١٩٤٩، جازيت دى باليه ١٩٤٩-١-٢٤٩.

وفيما يلى عرض للاستثناءات[١]،[٢] المشار إليها:

١- التعديل (أو الحذف) الذى تقتضيه ترجمة المصنف من لغة إلى أخرى، فقد أجازت المادة (١٤٣) من القانون هذا الأمر. وقد اشترطت هذه المادة ألا يضر التعديل بسمعة المؤلف ومكانته، وأن يشير المترجم إلى مواطن التعديل الذى أجراه.

٢- يجوز، بدون إذن المؤلف، ايقاع المصنف (بعد نشره) أو تمثيله أو القائه فى اجتماع عائلى أو فى جمعية أو منتدي خاص أو مدرسة مادام لا يحصل رسم نظير ذلك (م ١٧١ أولا من القانون).

٣- يجوز لأى شخص أن يقوم بعمل نسخة واحدة من المصنف الذى تم نشره للاستعمال الشخصى (م ١٧١)، دون حاجة لإذن من المؤلف. يستوى فى ذلك أن تكون النسخة المذكورة قد نقلت بخط اليد، أو بالآلة الكاتبة، أو بالتصوير، ويشرط ألا يخل هذا النسخ بالاستغلال العادى للمصنف أو يلحق ضرراً غير مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف أو لأصحاب حق المؤلف. ويلاحظ أنه بالنسبة للمصنفات الفنية فإن النقل للاستعمال الشخصى يتحدد بأغراض البحث العلمى والدراسة[٣]، ولا يجوز إذا كان الهدف منه هو الاستمتاع

---

(١) راجع: أحمد سلامة، المدخل، نظرية الحق (١٩٧٤)، رقم ١٧٩ ص ٣١٨ ومابعدها، توفيق فرج، المرجع السابق، رقم ٣٢٥، ص ٥٤٦ ومابعدها، حسن كيره، أصول القانون، رقم ٢٥٧، ص ٦٤٦ ومابعدها، عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، رقم ٢٠٨ ومابعدها، ص ٣٦٥ ومابعدها.

(٢) راجع: أحمد سلامة، المدخل، نظرية الحق (١٩٧٤)، رقم ١٧٩.

(٣) راجع: م ١٧١ سادسا حيث تجيز نسخ أجزاء قصيرة من مصنف فى صورة مكتوبة أو =

بالصورة بدلا من الأصل[١]. كما يجوز عمل نسخة وحيدة من برنامج الحاسب الآلى بمعرفة الحائز الشرعى له بقصد الحفظ أو الاحلال عند الفقد أو التلف أو عدم الصلاحية (م ١٧١ ثالثاً).

٤- لا يجوز للمؤلف حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة إذا كان الهدف منها النقد أو المناقشة أو الاخبار. والفرض هنا، كما فى الحالات السابقة، أن المصنف قد نشر. وذلك مشروط بأن تتم الاشارة إلى المصنف واسم المؤلف إن كان معروفاً.

ويجوز اتفاقاً مع الاتجاه السابق بقصد التيسير على واضعى كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات السمعية أو

= مسجلة تسجيلا سمعيا أو بصريا أو سمعيا بصريا بهدف الايضاح أو الشرح بشرط أن يكون النسخ فى الحدود المعقولة وألا يتجاوز الغرض منه. وأن يذكر اسم المؤلف وعنوان المصنف على كل النسخ متى كان ذلك ممكنا. سابعا: نسخ مقال أو مصنف أو مستخرج من مصنف إذا كان ذلك ضروريا لأغراض التدريس فى منشآت تعليمية وذلك بشرطين: الأول: أن يكون النسخ لمرة وحيدة أو فى أوقات منفصلة غير متصلة. الثانى: أن يشار لاسم المؤلف وعنوان المصنف على كل نسخة. ثامنا: تصوير نسخة وحيدة من المصنف بواسطة دار الوثائق أو المحفوظات أو بواسطة المكتبات التى لا تستهدف الربح بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وذلك فى الحالتين الآتيتين: (١) أن يكون النسخ لمقالة منشورة أو مصنف قصير أو مستخرج من مصنف متى كان الغرض من النسخ تلبية طلب شخص طبيعى أو معنوى لاستخدامه فى دراسة أو بحث على أن يتم ذلك لمرة واحدة أو على فترات متفاوتة (٢) أن يكون النسخ بهدف المحافظة على النسخة الأصلية ولتحل النسخة محل نسخة فقدت أو تلفت أو أصبحت غير صالحة للاستخدام ويستحيل الحصول على بديل لها بشروط معقولة».

(١) السنهورى، المرجع السابق، رقم ٢٠٩، ص ٣٦٦، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، رقم ٢٣٤، ص ٣٥٤ ومابعدها.

البصرية أو السمعية البصرية أو السمعية البصرية التى سبق نشرها وذلك فى سياق التغطية الاخبارية (م ٣/١٧٢).

٥- يجوز، دون إذن المؤلف، أن ينشر على سبيل الاخبار الخطب والمحاضرات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية للهيئات التشريعية والإدارية والاجتماعات العلمية والأدبية والفنية والسياسية والاجتماعية والدينية (م ١٧٢ ثانيا)، مادامت موجهة إلى العامة. كما يجوز نشر المرافعات القضائية العلنية فى حدود القانون[١].

٦- التيسر على وسائل الاعلام: حيث يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنشر مقتبساً أو مختصراً أو بياناً موجزاً من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص، بغير إذن مؤلفيها، وبغير انقضاء المدة المنصوص عليها لحماية حق المؤلف. كما يجوز فيما بين الصحف والدوريات المختلفة نقل المناقشات السياسية والاقتصادية أو العلمية أو الدينية التى تشغل الرأى العام، مادام لم يرد فى الصحيفة ما يحظر النقل صراحة[٢]، ويتعين، دائما، ذكر المصدر بصفة واضحة، واسم المؤلف إن كان قد وقع على مصنف[٣].

---

(١) كذلك يجوز النسخ من مصنفات محمية للاستعمال فى إجراءات قضائية أو إدارية فى حدود ما تقتضيه هذه الإجراءات مع ذكر المصدر واسم المؤلف.

(٢) لا تنطبق الحماية القانونية على الأخبار اليومية والحوادث التى بها طبيعة الأخبار العادية كما سبقت الاشارة، حيث تستطيع الصحف نقل هذه الأخبار والحوادث دون مسئولية عليها.

(٣) راجع: السنهورى، المرجع السابق، رقم ٢١٠، ص ٣٦٩ ومابعدها، توفيق فرج، المرجع السابق، رقم ٣٢٥، ص ٥٤٦ ومابعدها، حسن كيره، أصول القانون، رقم ٢٥٧، ص ٦٤٦ ومابعدها.

مصير الحق الأدبى بعد الوفاة:

٩٠- ينتقل حق الدفاع عن المصنف إلى الورثة حيث يناط بهم حق الدفاع عن المصنف إذا توفى المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه انتقل حق تقريره إلى من يخلفه. على أنه إذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له، أو بأى أمر آخر وجب تنفيذ ما أوصى به.

ويلاحظ أن ما ينتقل إلى الورثة هو بعض جوانب الحق الأدبى دون البعض الآخر. فالمشرع يقيم الورثة حراساً للدفاع عن سمعة المورث العلمية أو الفكرية أو الفنية[١].

فمن حق الورثة أن يقوموا بنشر المصنف، والدفاع عن استمرار نسبته إلى المؤلف، كما أن من حقهم الدفاع عن عرض المصنف بحالته، دون تعديل من أحد.

ويلاحظ أن هذه المكنات تبقى للورثة دائما رغم انقضاء الحق المالى. ومع ذلك فحق الورثة فى ممارسة سلطة النشر تتقيد بما يكون المؤلف قد أوصى به، فإذا كان قد أوصى بعدم النشر أو حدد للنشر موعدا معينا، تعين احترام وصيته بغير تعديل.

ومن ناحية ثانية فإن انتقال بعض جوانب الحق الأدبى للورثة لا يخولهم سلطة سحب المصنف من التداول. فإذا كان المؤلف قد قرر، قبل وفاته، نشر مصنفه، فلا يجوز لورثته أن يعيدوا تقدير مسألة كانت من اطلاقاته، ويؤيد هذا

---

(١) راجع: عبد المنعم البدراوى، المدخل للقانون الخاص، رقم ٢٦٩، ص ٣٦٨ و٣٦٩.

الحكم أن المشرع لم يذكر مكنة السحب من بين المكنات التى خولها للورثة.

ويثور التساؤل، في هذا المقام، حول سلطة الورثة فى ادخال تعديلات على مصنف مورثهم؟

نصت المادة ١٤٣ السالفة الذكر على أن للورثة مباشرة حقوق المؤلف الأدبية المنصوص عليها فى القانون[١].

ومفاد هذا الحكم أن للورثة مباشرة مكنة التعديل.

وقد انتقد بعض الفقه اعطاء الورثة المكنة المشار إليها، حيث يتعين أن يبقى المصنف على ذات النحو الذى أراده مؤلفه، خاصة وأن هذه المكنة تعد خروجاً على مقتضى الحق المعنوى بوصفه من الحقوق اللصيقة بالشخصية[٢].

البند الثانى

الحق المالى للمؤلف

٩١- نصت المادة ١٤٧ وما بعدها من قانون حماية الملكية الفكرية على مبدأ أن للمؤلف وخلفه العام من بعده الحق فى استغلال مصنفه ماليا، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق إلا بعد الحصول على إذن كتابى من صاحب حق الاستغلال المالى للمصنف الأصلى، أو خلفائه، ويتضمن الإذن طريقة ونوع ومدة الاستغلال.

---

(١) راجع فى الموضوع: رشت، المرجع السابق، ص ٣١٥ و٣١٦، سافاتييه، التعليق السابق الاشارة إليه فى J.C.P. ١٩٥٧ رقم ٤٦.

(١) راجع: اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٦٧، أحمد سلامة، المرجع السابق، رقم ١٧٥، ص ٣١٤، توفيق فرج، المرجع السابق، رقم ٣٣٠ ص ٥٥٥، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، رقم ٢٤٨، ص ٣٦٤ ومابعدها.

ويقرر هذا المبدأ اختصاص المؤلف بحقوق استغلال مصنفه ماليا، بل ان القانون يحظر على غير المؤلف أن يباشر شيئا من ذلك إلا بإذن كتابى منه.

ويباشر المؤلف الحقوق المذكورة إما عن طريق نقل المصنف إلى الجمهور مباشرة وإما بنقله بطريق غير مباشر.

ويتضمن النقل المباشر، على وجه الخصوص، إحدى الصور الآتية (راجع م١٤٧ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢):

عـرض المصنف على الجمهور مباشرة بتـلاوته علنا أو بالتـوزيع الموسيقى أو التمثيل المسرحى أو العرض العلنى أو الإذاعة اللاسلكية للمتكلم أو بالصوت أو بالصور أو العرض بواسطة الفانوس السحرى أو للسينما أو نقل الاذاعة اللاسلكية، أو بواسطة مكبرات الصوت ،أو بواسطة شاشة التليفزيون أو الحاسب الآلى أو خلال شبكات الانترنت وغيرها من الوسائل، أو وضعها فى مكان عام[1].

أما نقل المصنف بطريق غير مباشر إلى الجمهور فمعناه نسخ صور من المصنف وجعلها فى متناول الجمهور سواء عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو الصب فى قوالب أو بأى طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافى أو الاذاعى أو السينمائى أو غيرها.

---

(١) راجع: عبد المنعم البدراوى، المدخل للقانون الخاص، ١٩٥٧، رقم ٢٧١، ص ٣٧١، وراجع المذكرة الايضاحية للقانون الملغى ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤، النشرة التشريعية، ١٩٥٤، ص١٣٣٣ و١٣٣٤، وراجع محمد حسام لطفى، المرجع العملى، الكتاب الثانى، ص ٤٤ ومابعدها.

ويعبر الفقه عن وسيلة النقل المباشر بحق الأداء العلنى، وعن الثانى بحق النشر.

ونعرض لكل من الوسيلتين على حدة:

أولا - حق الأداء العلنى:

٩٢- ويتضمن، كما سبقت الاشارة، عرض المصنف من جانب المؤلف على الجمهور مباشرة. وقد يتقاضى المؤلف عن هذا الأداء مقابلاً وقد يؤديه مجانا. وفى جميع الحالات يعتبر الأداء المذكور من حقوقه التى يستأثر بها، ولا يجوز لغيره مباشرته بغير إذنه الكتابى. وقد يقوم المؤلف بالأداء بنفسه، سواء بمفرده، كما فى حالة تلاوة المصنف، أو بمساعدة آخرين، كما فى حالة التمثيل المسرحى أو الايقاع المسويقى. وقد يتولى المؤلف الأداء مستعينا بأجهزة الاتصال الحديث مثل الراديو والتليفزيون أو مكبر الصوت أو إتاحته عبر أجهزة الحاسب الآلى أو خلال شبكة الانترنت أو شبكات المعلومات والاتصالات وغيرها[1]. كما أن له سلطة الترجمة أو التحوير أو التأجير أو الاعارة.

ويلاحظ أن حق المؤلف فى الاستئثار بتقدير كيفية عرض مصنفه يخوله مكنة تحديد نطاق هذا العرض، ويتعين احترام إرادته فى هذا الشأن. فإذا أذن المؤلف بعرض مصنفه على خشبة المسرح، فإن ذلك لا يتضمن التصريح بتصوير وقائع المصنف وعرضها على شاشة التلفزيون أو السينما. ولا يجوز بغير

---

(١) راجع: موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٥٤ ومابعدها، ديبوا، حق المؤلف، رقم ٢٥٦ ومابعدها، ص ٢٩٣ ومابعدها، السنهورى، المرجعغ السابق، رقم ٢١٣ ومابعدها، ص ٣٧٧ ومابعدها.

موافقته اذاعة المصنف بمكبر الصوت أو عن طريق الاذاعة أو عبر شبكات الاتصالات.... الخ.

وتنطبق التحديدات المذكورة سواء كان الأداء بمقابل أو مجانا، بمعنى أن الأداء المجانى لا يجيز لغير المؤلف نقل المصنف بوسائل أخرى، أو توسيع دائرة انتشاره، دون موافقة كتابية منه(١).

غير أن حماية حقوق المؤلف، على النحو السابق، تتحدد بفكرة العلنية، بمعنى أن الأداد العلنى الذى يحتكره المؤلف، ويحميه القانون هو الأداء فى مكان عام يسمح للجمهور بدخوله سواء بمقابل أو مجانا(٢). وبتعبير آخر تتضمن الحماية منع عرض المصنف فى أى مكان عام أو بوسيلة انتشار عامة. وبالتالى فإن عرض المصنف فى مكان خاص، كاجتماع لمدرسة أو فى حفل عائلى، أو فى منتدى خاص، لا يحتاج إلى إذن من المؤلف طالما لم يتم تحصيل مقابل(٣). وقد اتجه القضاء الفرنسى فى هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بطبيعة المكان. فمن المتصور أن يتحول مكان خاص إلى مكان عام حين تنتهى الظروف إلى السماح للجمهور بدخوله(٤). وعلى العكس، قد تتحول صالة مخصصة، عادة، للحفلات العامة، إلى مكان خاص، عندما تؤجر، مثلا، لحفل عائلى أو اجتماع لمنتدى خاص، أو حفلة مدرسية(٥).

---

(١) راجع محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، رقم ٢٤٢ ص ٣٥٢.

(٢) موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٦٤، راجع: محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الحق (١٩٧٧)، ص ٥٨.

(٣) راجع: السنهورى، السابق، رقم ٢١٧، ص ٣٨١.

(٤) راجع: حكم محكمة رين Rennes ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٦٧ مشار إليه فى موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٦٤، وحكم محكمة ليون فى ٤ يناير سنة ١٨٨٤ داللوز الدورى ١٨٨٤-٢-١٥٩.

(٥) موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٦٤.

وتعتبر دور العبادة من الأماكن العامة التى تلتزم باحترام حقوق المؤلف، على النحو السابق[1].

ويترتب على ما سبق أن العبرة بكون المكان من الأماكن العامة أم من الأماكن الخاصة هو بطبيعة الاجتماع ذاته.

وقد اتجهت بعرض الأحكام نحو التشدد، فى تقدير الأمر السابق، حماية لحقوق المؤلفين. فقد قضى بأن أمر وصف الاجتماع بأنه عام أو خاص، يتوقف علي عدة عناصر، منها النظام الداخلى الخاص بالمؤسسة التى نظمت الاجتماع. وإن وصف العمومية يتحقق إذا كانت المؤسسة المذكورة تضم أعضاء غير محدودى العدد، أو أن لاتحتها تسمح لكل عضو بأن يصطحب فى كل اجتماع شخصين يختارهما بكامل حريته، كما يتحقق وصف العمومية فى الاجتماع الذى تنظمه شركة يسمح نظامها الداخلى لأى شخص أن يكون عضواً شرفياً فيها[2].

٩٣- ويعنى الاستئثار باستغلال المصنف مالياً عن طريق نقله إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بتكرار صور المصنف، أو نسخ صور أو نماذج منه، بحيث يصبح فى متناول الجمهور. وتختلف طريقة النشر باختلاف نوع المصنف. فقد يتم النشر فى صورة طبع المؤلف الأدبى أو العلمى فى عدد من النسخ، وقد يتم بحفر كلمات الأغنية على اسطوانات أو شرائط تعد للبيع، أو عن طريق

---

(١) محكمة رين ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٢، جازيت دى باليه ١٩٣٢-٢-٥٦.

(٢) راجع: موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٦٧، حكم نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨-٥٧.

عرض المصنف فى فيلم سينمائى، أو عن طريق الرسم أو النحت أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى[١].

فلكل نوع من أنواع المصنفات المختلفة الطريق الذى يناسبه. ويشمل حق المؤلف فى احتكار استغلال مصنفه كل الطرق السابقة.

وكما يتضمن حق النشر مكنة نشر المصنف بحالته الأصلية يتضمن أيضا حق ترجمته، وتحويله من لون من ألوان الأدب إلى لون آخر أو تلخيصه أو تحويره «وعلى وجه العموم كافة صور اظهار المصنفات الموجودة بشكل جديد»[٢].

ويستقل المؤلف باستغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال. وهو يتولى مباشرة هذا الاستغلال بنفسه أو لحسابه الخاص أى أن ينزل عن هذه المكنة لغيره ولكنه قد يفضل نقل حقوق الاستغلال إلى غيره. وفى هذا تقرر المادة ١٤٧ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أن «يتمتع المؤلف بحق استئثارى فى الترخيص أو المنع لأى استغلال لمصنفه بأى وجه من الوجوه وبخاصة عن طريق النسخ أو البث الاذاعى أو الأداء العلنى أو التوصيل العلنى أو الترجمة أو التحوير أو التأجير أو الاعارة أو الاتاحة للجمهور، بما فى ذلك اتاحته عبر أجهزة الحاسب الآلى أو من خلال شبكة الانترنيت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات وغيرها من الوسائل».

---

(١) محمود جمال الدين زكى، دروس فى مقدمة الدراسات القانونية، رقم ٢٤٢، ص ٣٥٣.

(٢) المذكرة الايضاحية، النشرة التشريعية، السابق، تعليقاً على المادة ٢/٧ والمادة ٣ من القانون الملغى ٣٥٤ سنة ١٩٥٤. وراجع موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٠١ وما بعدها.

كما نصت المادة ١٤٩ على أن للمؤلف أن ينقل إلى الغير كل أو بعض حقوقه المالية المبينة فى قانون حماية الملكية الفكرية. ويشترط لانعقاد التصرف أن يكون **مكتوبا** وأن يحدد فيه صراحة، وبالتفصيل، كل حق على حده يكون محلا للتصرف، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه. ويكون المؤلف مالكا لكل ما لم يتنازل عنه صراحة من حقوق مالية، ولا يعد ترخيصه باستغلال أحد هذه الحقوق ترخيصا منه باستغلال أى حق مالى آخر يتمتع به على المصنف نفسه».

وقد نصت المادة ١٧٨ من قانون حماية الملكية الفكرية على حكم مماثل وهو: لا يحق لمن قام بعمل صورة لآخر أن ينشر أو يعرض أو يوزع أصلها أو نسخا منها دون إذنه أو إذن من فى الصورة جميعاً ما لم يتفق على خلافه. ومع ذلك يجوز نشر الصورة بمناسبة حوادث وقعت علنا أو إذا كانت الصورة تتعلق بأشخاص ذوى صفة رسمية أو عامة أو يتمتعون بشهرة محلية أو عالمية أو سمحت بهذا النشر السلطات العامة المختصة خدمة للصالح العام، وبشرط ألا يترتب على عرض الصورة أو تداولها فى هذه الحالة مساس بشرف الشخص أو بسمعته أو اعتباره».

- ومن **ناحية أولى** يجوز للمؤلف أن يتنازل عن حقوق الاستغلال المالى لمصنفه سواء بمقابل أو بدون مقابل[١].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، رقم ٢١٩، ص ٣٨٢ ومابعدها؛ فإذا كان التصرف بغير مقابل فهو هبة يتعين أن تفرغ فى ورقة رسمية، أحمد سلامة، المدخل نظرية الحق، رقم ١٧٢، ص٣٠٩.

وواضح من الفقرة الثانية من المادة ١٤٩ أن التنازل لابد أن يتضمن تفصيلا صريحا لما تم التنازل عنه. فقد يقصد المؤلف التنازل عن كافة حقوق الاستغلال المالية على مصنفه[١] كحق النشر وحق الترجمة وحق التحوير....الخ.

وقد يقتصر التنازل على جانب دون الآخر، فقد يتنازل عن حق النشر دون حق الاشتقاق[٢]. والتنازل عن حق الترجمة إلى لغة بذاتها لا يفيد التنازل عن حق الترجمة إلى لغة أخرى. والتنازل عن حق تحوير المصنف إلى عمل مسرحى لا يفيد التنازل عن حق تحويله إلى فيلم سينمائى[٣].

لذلك جاء نص الفقرة الثالثة من المادة ١٤٩ صريحا فى أن لا يعد الترخيص باستغلال أحد الحقوق ترخيصا باستغلال أي حق آخر. ويترتب على تصرف المؤلف فى أحد حقوق الاستغلال المالى انتقال هذا الحق إلى المتصرف إليه. ويلتزم المؤلف بضمان تعرضه الشخصى، كما يلتزم بضمان التعرض القانونى الصادر من الغير، كما لو ادعى آخر أن المصنف مسروق، أو أنه يتضمن قذفاً فى حق الغير مما يستوجب المسئولية[٤]. وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١٤٩ علي أن يمتنع على المولف القيام بأى عمل يعطل استغلال الحق محل التصرف.

---

(١) الفرض هنا أننا بصدد التصرف فى الحقوق المتعلقة بمصنف بذاته.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، الموضع السابق.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

(٤) السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

ومن **ناحية ثانية** يتعين، وفقاً للمادة ١٤٩ سالفة الذكر، أن يتضمن التصرف، **صراحة، وبالتفصيل**، كل حق من الحقوق التى تم التصرف فيها على حدة، ومداه، والغرض منه، ومدة الاستغلال ومكانه[1].

ومن **ناحية ثالثة** اشترط المشرع **أن يكون التصرف مكتوبا**. والكتابة المطلوبة فى هذه الحالة ركن للانعقاد، بمعنى أن التصرف فى حقوق الاستغلال المالى إن لم يكن مكتوباً فإن العقد لا ينعقد أصلاً[2].

٩٤- غير أن المؤلف قد يفضل عدم التنازل عن حقوق الاستغلال المالى. ويكتفى بابرام عقد للنشر. وبمقتضى هذا العقد الأخير يلتزم الناشر باستغلال المصنف على نحو يتم الاتفاق عليه، كأن يتفق على طبع مصنف أدبى، مرة واحدة، وبعدد محدد من النسخ، فى مقابل يتفق عليه[3]. وفى هذه الحالة يلتزم المؤلف بتسليم الناشر أصول المصنف، ويلتزم الناشر بنشر المصنف، على النحو المتفق عليه، وفى المدة المحددة فى العقد. وإذا تخلف الناشر عن القيام بالمهمة

---

(١) راجع، المذكرة الايضاحية للقانون الملغى رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤، النشرة التشريعية، ص١٣٣٤، أحمد سلامة، المرجع السابق، الموضع السابق.

(٢) راجع: توفيق فرج، المرجع السابق، رقم ٣٢٧، ص ٥٦١ و٥٦٢.

(٣) راجع المادة ١٥٠ من قانون حماية الملكية الفكرية ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ التى تنص على أن «للمؤلف أن يتقاضى المقابل النقدى أو العينى الذى يراه عادلا نظير نقل حق أو أكثر من حقوق الاستغلال المالى للغير على أساس مشاركة نسبية فى الإيراد الناتج عن الاستغلال، كما يجوز التعاقد على أساس مبلغ جزافى أو الجمع بين الأساسين. كما نصت المادة ١٥١ على أنه «إذا تبين أن الاتفاق المشار إليه فى المادة ١٥٠ من هذا القانون مجحف بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك، لظروف طرأت بعد التعاقد، يكون للمؤلف أو خلفه أن يلجأ إلى المحكمة الابتدائية بطلب اعادة النظر فى قيمة المقابل المتفق عليه مع مراعاة حقوق المتعاقد معه وعدم الاضرار به».

المتفق عليها، في الموعد الذى ضرب له، جاز للمؤلف أن يسترد أصوله وأن يتعاقد مع ناشر آخر، مع التزام الناشر الأول بتعويض ما لحق المؤلف من أضرار[١].

وقد قضى فى فرنسا بأن عقد النشر الذى تم الاتفاق فيه على طبع المصنف لمدة معينة لا يقيد الناشر بعدد معين من الطبعات، فمثل هذا الاتفاق الذى لم يتحفظ فيه المؤلف، بالنسبة لهذه المسألة، يجيز للناشر طبع عدد غير محدود خلال مدة العقد[٢]. وإذا كان الاتفاق على أن حقوق المؤلف المالية هى نسبة معينة من الأرباح تعين على الناشر أن يسارع باعداد الطبعة الجديدة عند بدء نفاذ الطبعة القائمة. فعقد النشر يتضمن فى مثل هذا الغرض، التزاما على عاتق الناشر بتوفير المصنف بصفة مستمرة[٣].

كما يلتزم الناشر بمراعاة أصول الدعاية في تصميمه لغلاف المصنف بحيث لا يسئ إلى سمعة المؤلف أو ينفر الناس من تداول المصنف.

وأخيراً يلتزم الناشر باحترام الحقوق الأدبية للمؤلف، إذ عليه بطبيعة الحال، أن يحترم نسبة المصنف إلى صاحبه، وعلى النحو الذى يقدره المؤلف، وأن يمتنع عن ادخال أى تحوير أو تعديل، سواء فى مضمون المصنف، أو فى عنوانه، وبصفة عامة، على الناشر أن يكون وفياً لكافة مظاهر الحقوق الأدبية للمؤلف.

---

(١) موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٢٢، ورقم ٢٤٠.

(٢) باريس ٦ أغسطس سنة ١٨٧١ داللوز الدورى ١٨٧٢-٢-١٦٥، وموسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٣٣، ١٩٤٥-١-٣١.

(٣) موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٥٣.

ومــــع ذلك فإن للناشر، على سبيل الاستثناء، أن يعتــرض علــى بعض مـا جاء فــى المصنف من عبــارات، وأن يطالب بالتـالى، بحذفـهـا إذا تضــمنت قــذفـاً فــى حق الغــيــر[1]، يعـرضــه للمســئـوليــة الجنائيــة أو المدنية[2]و[3].

حظر التصرف فى مجموع الانتاج الفكرى المستقبل:

٩٥- نصت المادة ١٥٣ من قـانون حـماية حق المؤلف على أنه «يقع باطلا بطلانا مطلقا كل تصرف للمؤلف فى مجموع انتاجه الفكرى المستقبلى».

ويستند هذا الحكم إلى أن الانتاج الفكرى يعد لصيقاً بشخصيـة صاحبه ومرتبطا بحريته الفكرية[4]. لذلك ليس من الملائم، من زاوية النظام العــام، تجويز التعـاقـد على مجـمـوع الانتـاج الفكرى المسـتـقـبل. يضـاف إلى ذلك، من الناحية الفنية، أن مثل هذا التصرف يرد على محل غير معين، كما أنه يضع على عـاتق المؤلف التزامـاً مـؤبداً. ووفـقـاً لأى من هاتين الزاويتين يعد الاتفـاق

---

(١) يقرر القضاء الفرنسى أن للناشر حرية استخدام الغلاف الأخير من المصنف بدون حاجة إلى موافقة المؤلف، وذلك بشرط ألا يستخدم على نحو يضر بالمصنف وصاحبه: محكمة السين ٢أبريل سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥١-٣٤٣.

(٢) محكمة السين فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢، مشار إليه فى موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٥٢.

(٣) قد يتولى المؤلف بنفسه طبع المصنف على حسابه الخاص ثم يعهد للناشر ببيع النسخ فحسب، وفى هذه الحالة نكون بصدد عقد مقاولة وليس عقد بيع. راجع: السنهورى، المرجع السابق، ص ٢٨٥، موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٢٣، خاصة رقم ٢٢٩.

(٤) استئناف القاهرة فى ١٤ ابريل سنة ١٩٥٩ منشور فى المحاماة السنة ٤١ رقم ٣٥٤ ص ٦٨٣، موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٣٥.

باطلاً بطلاناً مطلقاً[١]. والمقصود بالتصرف في مجموع الانتاج الفكرى المستقبل تنازل المؤلف عن كل ما تنتجه قريحته الفنية أو الأدبية مستقبلا، وذلك دون تحديد لمصنف معين أو مصنفات محددة[٢] غير أن الحكم السابق لا يمنع منعا مطلقا التعامل فى المصنفات المستقبلة. إذ أن مفاد التحديدات السالف ذكرها أنه يجوز التعاقد على مصنف سيقوم المؤلف باعداده مستقبلا، غاية الأمر أنه يتعين أن يكون المصنف معينا تعيينا نافيا للجهالة[٣]، وألا يكون التزام المؤلف معلقا على شرط إرادى محض[٤]. كما لا يدخل فى اطار الحظر المشار إليه أن يتعهد المؤلف بتفضيل ناشر معين على غيره بالنسبة لما قد ينتجه من مصنفات فى المستقبل[٥].

وأخيراً يجوز أن يلتزم المؤلف، فى مواجهة شخص معين، بأن يتنازل له عن الحقوق المالية الناتجة عن مصنفات معينة، اتفق على انتاجها فى المستقبل مع ناشر معين[٦].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، رقم ٢٢٣، ص٠٣٩٠، محمد على عرفه، شرح القانون المدنى الجديد، حق الملكية ١٩٥٤، رقم ٣٩٧، ص٥٦٥، ٥٦٧.

(٢) استئناف القاهرة ١٤ ابريل سنة ١٩٥٩، السابق الإشارة إليه، وراجع: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، الموضع السابق، محمد عل ي عرفه، حق الملكية (١٩٥٤)، رقم ٣٩٧، ص ٥٦٥.

(٤) موسوعة داللوز، السابق، رقم ٢٣٤، حكم محكمة السين فى ٦ ديسمبر ١٨٦١ مشار إليه فى الموسوعة، الموضع السابق.

(٥) محكمة باريس ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٥٤ داللوز الدورى، الموضع السابق، وراجع الأحكام الأخرى المشار إليها فى رقم ٢٣٤.

(٦) محكمة السين ١١ مايو سنة ١٨٧٠ مشار إليه فى موسوعتم داللوز ١٨٥٦-٢-٢٥٣.

التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف:

٩٦- تنص المادة ١٥٢ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ من قانون حماية حق المؤلف على أنه «لا يترتب على التصرف فى النسخة الأصلية من مصنفه أيا كان نوع هذا التصرف نقل حقوقه المالية» «ومع ذلك لا يجوز الزام من انتقلت إليه ملكية هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك».

ويتعرض هذا النص لحالة التصرف فى نسخة المصنف الأصلية. وهو فرض يمثل قدراً من الأهمية لما يثيره من تعارض فى الحقوق بين المؤلف وبين المتنازل إليه. ووجه الأهمية هو أن التصرف فى النسخة الأصلية قد يختلط بالتصرف فى حقوق الاستغلال المالى. فلو أن فناناً رسم لوحة ثم باع النسخة الأصلية لأحد الأشخاص، فهل معنى التصرف أنه تنازل له عن حقوق الاستغلال المالى، بحيث يسمح للمشترى بعرض اللوحة على الجمهور مقابل مبلغ من المال. ومن ناحية أخرى، هل يجوز أن يدعى الفنان (البائع)، نظراً لأن النسخة المبيعة هى النسخة الأصلية، بعض المكنات، كمكنة النقل أو النسخ؟

تعرضت لهذه المسائل المادة ١٥٢ السالفة الذكر، وقد قررت المادة المذكورة بالنسبة للشق الأول أن التصرف فى النسخة الأصلية لا يعنى نقل حقوق المؤلف المالية إلى المتصرف إليه. وبالتالى يكون المشرع قد نفى شبهة قامت نتيجة كون النسخة المتصرف فيها هى النسخة الأصلية. ويتفق هذا الحكم مع ما ورد فى المادة ٢/١٤٩ من قانون حماية الملكية الفكرية، والتى توجب أن يكون التصرف فى حقوق المؤلف مكتوبا وأن يحدد صراحة وبالتفصيل كل حق

على حدة، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه[1].

ولكن إذا كان هناك اتفاق على قيام المتصرف إليه في استغلال هذه النسخة في مقابل عائد لا يتجاوز ١٠٪ من الزيادة التى تحققت من كل عملية تصرف، فإن من حق المؤلف وخلفائه تتبع أعمال التصرف في هذه النسخة الأصلية (م ٣/١٤٧).

أما بالنسبة للشق الثاني فقد رجحت المادة ١٥٢ في حدود، جانب المتصرف إليه، إذ لا يجوز الزام هذا الأخير بأن يمكن المؤلف من نسخ النسخة الأصلية أو نقلها أو عرضها. والحكم، كما هو واضح، ليس في مصلحة المؤلف، فإذا كان قد تسرع بالتصرف في النسخ الأصلية، دون تحفظ، فإن ذلك يفوت عليه، نهائيا، فرصة امكانية الاستفادة منها، سواء عن طريق النقل أو النسخ أو العرض. ففي هذه الحدود تكون النسخة ملكاً خالصاً للمتصرف إليه بغير سلطان من جانب المؤلف.

ولم يراع المشرع جانب المؤلف إلا بتحفظ عام، لا جديد فيه، هو أن في امكانه أن يتفق على غير ذلك مقدماً. فإن لم يتدارك الأمر ابتداء، فاتته الحقوق المشار إليها[2].

---

(١) راجع السنهوري، المرجع السابق، رقم ٢٢٤، ص ٣٩١.

(٢) راجع: توفيق فرج، المدخل، رقم ٣٣٧، ص ٥٦٣، حسن كيره، أصول القانون ص ٦٥٨. ويلاحظ أن الأمر يصل إلى طريق مسدود في حالة عدم وجود مثل الاتفاق المشار إليه إذ تنفصل ملكية النسخة الأصلية عن حقوق المؤلف. والنتيجة الخطيرة المترتبة على هذا الوضع هي تعذر مباشرة حقوق المؤلف بالنسبة لكل من الطرفين. راجع السنهوري، السابق، رقم ٢٢٤، ص٣٩٢.

ويلاحظ أخيراً أن الفرض الذى تعرضت له المادة ١٥٢ من القانون، والسالفة الذكر، تختلف عن فرض التصرف فى إحدى نسخ المصنف. ففى هذه الحالة الأخيرة لا شبهة فى أن ما ينتقل إلى المتصرف إليه هو مجرد حق استعمال النسخة للمنفعة الشخصية، وبالتالى لا يجوز له أن يباشر حقوق نشر خاصة به، فلا يجوز له أن ينشر المصنف على الجمهور بمقابل أو بغير مقابل[1].

مصير الحق المالى بعد وفاة المؤلف:

٩٧- يمثل الحق المالى للمؤلف عنصرا من عناصر الذمة المالية، وبالتالى ينتقل إلى الورثة بعد الوفاة. لذلك كان من الطبيعى أن يكون للورثة وحدهم مباشرة حقوق الاستغلال المالى. والأصل أن تنتقل حقوق الاستغلال المالى إلى الورثة كل بحسب نصيبه فى الميراث وفقا للقواعد القانونية المعمول بها فى الدولة، ويجوز للمؤلف أن يحرر وصية تتعلق بحقوق الاستغلال المالى لمصنفه[2].

---

(١) راجع: السنهورى، السابق، رقم ٢٠٧، توفيق فرج، المدخل، رقم ٣٣٧، ص ٥٦٣، ص ٣٦٤، وراجع: موسوعة داللوز، السابق، رقم ١٩٣ حيث يشير إلى رأى آخر ينتقد المذهب المشار إليه فى المتن، وراجع: حسن كيره، أصول القانون، رقم ٢٥٩، ص ٦٥٤ ومابعدها.

(٢) «بعد وفاة المؤلف يكون لورثته وحدهم الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المالى. فإذا كان المصنف عملا مشتركا وفقا لأحكام هذا القانون، ومات أحد المؤلفين بلا وارث أو موصى له، فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين أو خلفهم، ما لم يوجد اتفاق كتابى يخالف ذلك» (م١٧٤).

المطلب الرابع

حماية حقوق المؤلف

٩٨- وضع المشرع تنظيما خاصا لحماية حقوق المؤلف من الناحيتين المدنية والجنائية، وذلك بالاضافة إلى ما تقتضيه القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية. كما نص قانون حماية حقوق المؤلف على حكم خاص بالحجز على هذا الحق.

ونعرض فيما يلى لكل من هذه المسائل على التوالى.

أولا: الحماية المدنية لحقوق المؤلف:

٩٩- اتخاذ الإجراءات التحفظية، وقف الاعتداء، والتعويض عن الأضرار:

رسم المشرع فى المادة ١٧٩ ١٧٩ من قانون حماية الملكية الفكرية طريقا فعالا يستطيع صاحب المصنف أن يلجأ إليه لدفع أى اعتداء على حقوقه.

فقد نصت المادة ١٧٩ من القانون على أن للمؤلف أن يلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة ليستصدر أمراً على عريضة لوقف الأضرار التي لحقت به من جراء الاعتداء أو لحصر هذا الضرر حفاظاً على حقوقه. ويتمثل الاعتداء الذى يستوجب هذه الإجراءات فى نشر المصنف أو عرضه بغير إذن كتابى من المؤلف، أو ممن يخلفه، بالمخالفة لأحكام القانون.

١٠٠- ويتضمن الأمر على عريضة أحد الإجراءات التالية (م ١٧٩):

- اجراء وصف تفصيلى للمصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى.أو البرنامج الاذاعى.

- وقف نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى أو عرضه أو نسخه أو صناعته.

- توقيع الحجز على المصنف الأصلى أو نسخه. . وكذلك المواد التى تستعمل فى اعادة نشر هذا المصنف أو الأداء أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لاعادة نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى.

- اثبات واقعة الاعتداء على الحق محل الحماية.

- حصر الايراد الناتج من استغلال المصنف، وتوقيع الحجز على هذا الايراد فى جميع الأحوال.

ولرئيس المحكمة الابتدائية فى جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ وأن يفرض على الطالب ايداع كفالة مناسبة(١).

ويتعين على الطالب أن يرفع أصل النزاع إلى المحكمة المختصة في خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور الأمر فإذا لم يرفع فى هذا الميعاد زال كل أثر له. ومفاد هذا الحكم الأخير أن عدم رفع الأمر إلى المحكمة المختصة يؤدى إلى زوال الحجز وعودة النشر إلى ما كان عليه قبل صدور أمر رئيس المحكمة الابتدائية.

---

(١) أجازت المادة ١٨٠ من القانون «لذوى الشأن الحق فى أن يتظلم منه أمام رئيس المحكمة الآمر خلال ٣٠ يوما من صدور الأمر أو اعلانه بحسب الأحوال وفى هذه الحالة لرئيس المحكمة بعد سماع أقوال طرفى النزاع أن يقضى بتأييد الأمر أو الغائه كليا أو جزئيا أو بتعيين حارس تكون مهمته اعادة نشر المصنف أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى أو استغلاله أو عرضه أو صناعته أو استخراج نسخ للمصنف محل النزاع على أن يودع الايراد الناتج فى خزانة المحكمة إلى أن يفصل فى أصل النزاع من المحكمة المختصة.

ثانيا: الحماية الجنائية:

١٠١- نظمت الحماية الجنائية المادة ١٨١ من قانون حماية الملكية الفكرية حيث نصت على أن: «مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد فى قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية:

أولا - بيع أو تأجير مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج اذاعى محمى طبقا لأحكام هذا القانون، أو طرحه للتداول بأية صورة من الصور بدون إذن كتابى مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.

ثانيا - تقليد مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج اذاعى أو بيعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو للإيجار مع العلم بتقليده.

ثالثا - التقليد فى الداخل لمصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج اذاعى منشور فى الخارج أو بيعه أو عرضه للبيع أو التداول أو للإيجار أو تصديره إلى الخارج مع العلم بتقليده.

رابعا - نشر مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج اذاعى أو أداء محمى طبقا لأحكام هذا القانون عبر أجهزة الحاسب الآلى أو شبكات الانترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات أو غيرها من الوسائل بدون إذن كتابى مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.

خامسا - التصنيع أو التجميع أو الاستيراد بغرض البيع أو التأجير لأى جهاز أو وسيلة أو أداة مصممة أو معدة للتحايل على حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.

سابعا - الاعتداء على أى حق أدبى أو مالى من حقوق المؤلف أو من الحقوق المجاورة المنصوص عليها فى هذا القانون.

وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات أو التسجيلات الصوتية أو البرامج الاذاعية أو الأداءات محل الجريمة.

وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه.

وفى جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة النسخ محل الجريمة أو المتحصلة منها وكذلك المعدات والأدوات المستخدمة فى ارتكابها.

ويجوز للمحكمة عند الحكم بالادانة أن تقضى بغلق المنشأة التى استغلها المحكوم عليه فى ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد على ستة أشهر. ويكون الغلق وجوبياً فى حالة العود فى الجرائم المنصوص عليها فى البندين (ثانيا، وثالثا) من هذه المادة.

وتقضى المحكمة بنشر ملخص الحكم الصادر بالادانة فى جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه».

ثالثا: الحجز على حق المؤلف:

١٠٢- يصدر المصنف عن النشاط الذهنى لصاحبه، لذلك فإن لحظة وجوده هى لحظة توافر عنصر الابتكار. فمنذ توافر الخلق الفنى أو الأدبى أو العلمى يتحقق للمصنف وجوده الكامل. والمهم فى هذا الصدد هو أن الحق يوجد قانونا حتى قبل ممارسة المكنات التى يخولها لصاحبه[1] خاصة مكنة النشر، ويظل الحق موجودا ولو لم يقم المؤلف بنشره أصلا.

---

(١) راجع: توفيق فرج، المدخل، رقم ٣١٧، ص ٥٣٣.

لذلك كان من المنطقى، استنادا إلى الفكرة السابقة، أنه إذا توفى المؤلف قبل النشر انتقلت مكنة النشر إلى الورثة، فيصبح لهم الاختيار بين تقرير نشر المصنف من عدمه، وذلك فى حدود احترام ما قد يكون للمؤلف من رغبات خاصة، علي النحو الذى سبق أن عرضنا له.

وتثور، فى هذا الصدد، **مسألة جواز الحجز على المصنف**، وما هى المرحلة التى يجوز فيها هذا الحجز.

ابتداء، لابد أن نستعيد أن لحق المؤلفين جانباً مادياً وجانباً معنوياً. ويقرر الفقه أن الجانب المعنوى لا يجوز الحجز عليه، فالمؤلف وحده هو صاحب الحق فى تقرير نشر مصنفه من عدمه، وهى مكنة تخرج عن نطاق التعامل، لكونها لصيقة بشخصية المؤلف. وبالتالى لا يجوز الحجز عليها بقصد بيع المصنف ونشره رغم إرادة صاحبه[١].

أما إذا قرر المؤلف نشر مصنفه فقد باشر إحدى مكنات حقه الأدبى (تقرير النشر) وأصبح أمر الجانب المالى مطروحاً على ساحة المعاملات المالية. وبمعنى آخر بعد قرار النشر يصبح الحق المالى قائماً، ويصبح من المتصور تجويز الحجز عليه[٢]. ومع ذلك فقد جاء نص المادة ١٥٤ من قانون حماية الملكية

---

(١) راجع: أحمد سلامة، نظرية الحق (١٩٧٤)، رقم ١٧٤، ص ٣١١ و٣١٢، توفيق فرج، المدخل، رقم ٣١٤، ص ٥٥٤، وراجع عبد الرشيد مأمون، الحق الأدبى للمؤلف، ص ٢٤٢ ومابعدها، والمراجع التى أشار إليها، موسوعة داللوز، المرجع السابق، رقم ١٥٩.

(٢) راجع: ديبوا، حق المؤلف، رقم ٣٩١، ص ٤٣٣ و٤٣٤، الذى يوضح هذه المسألة بالاشارة إلي أن هناك مرحلتين مستقلتين: الأولى هى مرحلة ما قبل قرار النشر ومرحلة ما بعد القرار. فمنذ اللحظة التى يتخذ فيها المؤلف قراره بالنشر ينفصل المصنف عن شخصيته ويلحق بذمته المالية حتى قبل ابرام عقد يتعلق بهذا النشر.

الفكرية على النحو التالى: «يجوز الحجز على الحقوق المالية للمؤلفين على المنشور أو المتاح للتداول من مصنفاتهم، ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يتوفى صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت أن إرادته كانت قد انصرفت إلى نشرها قبل وفاته».

ومفاد هذا النص أن القانون لا يجيز اثبات أن المؤلف قد قرر نشر مصنفه توسلا إلي توقيع الحجز على الجانب المالى، فقد حصرت المادة ١٥٤ أمر الحجز فى النسخ التى تم نشرها أو المتاحة للتداول[١] فعلا. أى أن المشرع قد دفع بمسألة الحجز إلى مرحلة أبعد من مرحلة مجرد قرار النشر. وبالتالى يكون المشرع قد غلب، بصفة كاملة، اعتبارات الحق الأدبى على اعتبارات وجود الجانب المالى، وذلك بتأجيله امكانية الحجز إلى مرحلة النشر الفعلى مادام المؤلف حياً.

والنص، على النحو السابق، يقطع الطريق أمام أية منازعة فى هذا الصدد.

وإذا تم نشر المصنف فعلا، وتم توقيع الحجز على النسخ المنشورة، فلا يجوز للدائنين اعادة طبع المصنف[٢] بقصد الحجز على النسخ الجديدة[٣].

---

(١) راجع: نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض ١٩٦٦ رقم ١٥١، ص ١١١٤، عبد الودود يحيى، دروس فى المدخل ص ٢٢٧، عبد المنعم البدراوى، المدخل للقانون الخاصة (١٩٥٧)، رقم ٢٦٨، ص ٣٦٨.

(٢) راجع وقارن: رمزى سيف، حيث يرى جواز التنفيذ بإعادة طبع المصنف ونشره ما لم يكن للمدين اعتراض مقبول من الناحية العلمية أو الأدبية: تنفيذ الأحكام والمحررات الموثقة، ط ١٩٦٨ و١٩٦٩، رقم ١٤٠ ص ١٣٤. ويلاحظ أن للمؤلف أن يسحب مصنفه من التداول وله أن يدخل عليه التعديلات اللازمة لحماية سمعته وذلك تحت رقابة القضاء. راجع موسوعة دالloz، السابق، رقم ١٥٩.

(٣) راجع: السنهورى، المرجع السابق، رقم ٢٢٥، ص ٣٩٣، عبد الرشيد مأمون، الرسالة السابقة، ص ٢٥٠ ومابعدها.

ويتفق هذا المعنى مع مقتضى الحكم المتشدد الذى قصر الحجز على ما تم نشره فعلا من نسخ، فضلا عن أن اعادة النشر هى امتداد للحق الأدبى فى تقرير النشر فى ذاته.

وقد انتقد بعض الفقه مبدأ حرمان الدائنين من الحجز على الحق المالى، بعد قرار النشر وقبل النشر الفعلى، على أساس أن الدائنين لا يملكون آية وسيلة لتفادى الامتناع غير المشروع عن نشر المصنف.

١٠٣- وكان من المتصور أن تطبق الأحكام السابقة على حالة وفاة المؤلف قبل نشر المصنف، بمعنى أن يمتنع الحجز إلا على نسخ المصنف الذى تم نشره.

غير أن المشرع اتخذ موقفا مختلفا فى هذه الحالة، فقد أضافت المادة ١٥٤ من قانون حماية الملكية الفكرية «ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يتوفى صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت أن إرادته قد انصرف إلى نشرها قبل وفاته».

وواضح من هذا النص الأخير أن الحماية فى الحالة التى نعرض لها أضعف منها حال حياة المؤلف.. ففى حال حياة المؤلف لا مجال، كما سبقت الاشارة، للبحث فيما إذا كان المؤلف قد استهدف نشر مصنفه من عدمه، ولا يجوز الحجز إلا على نسخ المصنف الذى تم نشره.

أما إذا توفى المؤلف فإن مجال البحث فى المسألة المذكورة يبقى مطروحاً للخلاف. فوفقاً للمادة ١٥٤ يجوز للدائنين اثبات أن المؤلف قد أراد قبل وفاته، نشر مصنفه. فإذا ثبت ذلك جاز الحجز على الحق المالى، وعرضه

بالمزاد العلنى لكى يستوفى الدائنون حقوقهم من الثمن[(١)،(٢)].

والملاحظ، أخيراً، على نص المادة ١٥٤، فى هذا الخصوص، أنها استخدمت تعبير انصراف الإرادة وكان من الأوفق استخدام تعبير قرر نشرها، خاصة وأن النص كان حريصاً على أن يذكر «ما لم يثبت».

رابعا: مدة الحماية القانونية لحقوق المؤلف: توقيت الحق المالى:

١٠٤ - أشرنا فيما سبق إلى أن المشرع يعتبر الحق الأدبى للمؤلف مؤبدا، فهو لا يسقط بمضى المدة ولا يسقط بوفاة المؤلف. ويعبر هذا الحكم عن قيمة إنسانية واجتماعية يتعين الحرص عليها. فنسبة المصنف إلى صاحبه، وما يتبع ذلك من مظاهر السيطرة المعنوية والقانونية، هى مسائل لا مجال فيها لحلول أخرى.

أما بالنسبة للحق المالى فقد حدده المشرع بأجل محدود أوردته نصوص قانون حماية الملكية الفكرية[(٣)(٤)]. **والأصل أن تبقى حقوق الاستغلال المالى للمؤلف مابقى على قيد الحياة.** وهى مسألة ليست فى حاجة إلى نص قانونى، لذلك لم يعرض لها المشرع. أما بعد وفاة المؤلف فقد نصت المادة ١٦٠ من القانون على أن تنقضى حقوق الاستغلال المالى المنصوص عليها فيه بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف».

ويعبر هذا الحكم عن المبدأ العام، فى القانون المصرى، فى شأن توقيت حقوق الاستغلال المالى.

---

(١) راجع: السنهورى، المرجع السابق، رقم ٢٢٥ ص ٣٩٢ ومابعده، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٥٦٧.

(٢) وراجع اسماعيل غانم، محاضرات فى النظرية العامة للحق، ١٩٦٦، ص ٦٩.

(٣) راجع: فى القانون الفرنسى ديبوا، حق المؤلف، رقم ٣٢٣ وما بعدها.

(٤) راجع: السنهورى، المرجع السابق، رقم ٢٣٠ ومابعدها، ص ٣٩٩ ومابعدها.

وقد استهدف المشرع من هذا التوقيت تحقيق بعض أوجه المصلحة العامة، ثقافياً، وعلمياً، وأدبياً. فمن مقتضى المصلحة العامة، المشار إليها، أن تؤول المصنفات المختلفة إلى الملك العام، بعد مدة محددة، بحيث يصبح المصنف مباحاً للجميع، فيكون لمن يشاء الحق في استغلاله دون مسئولية في مواجهة الورثة[١].

وقد أورد المشرع على الحكم السابق، الخاص بالمدة، استثنائين رئيسيين:

الاستثناء الأول: يتعلق بحق الترجمة، وقد نصت عليه المادة ١٤٨ من قانون حماية الملكية الفكرية، التي قررت أن تنتهي حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة ذلك المصنف إلي اللغة العربية إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى ثلاث سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم.

ويستهدف هذا الحكم تشجيع الترجمة إلى اللغة العربية تغليباً «للصالح العام المصري على المصلحة الفردية للمؤلف وحتى يمكن دفع هذا المؤلف إلى مباشرة هذه الترجمة في أقرب وقت معقول رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار التفكير الإنساني في مختلف الأمم الأخرى لمدة طويلة»[٢].

الاستثناء الثاني: وقد أوردته الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ من القانون

---

(١) راجع: أحمد سلامة، نظرية الحق، رقم ١٧٧، ص ٣١٦، توفيق فرج، المدخل، رقم ٢/٣٤٠، ص٥٦٨ ومابعدها، عبد الودود يحيى، دروس في مبادئ القانون، ص ٢٢٧، عبد المنعم البدراوي، المدخل للقانون الخاص، ص ٣٧٣.

(٢) المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف الملغي، النشرة التشريعية ١٩٥٤، ص١٣٣٤.

«تنقضى الحقوق المالية لمؤلفى مصنفات الفن والتطبيقى بانقضاء خمسة عشر عاماً تبدأ من تاريخ نشرها أو اتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد».

والأصل أن تبدأ مدة الحماية القانونية من تاريخ وفاة المؤلف[١]، غير أن هناك بعض التحديدات والتحفظات التى يتعين ذكرها:

١- بالنسبة للحالتين الاستثنائيتين السالف ذكرهما، وهما حالة الترجمة، وحالة مصنفات الفن التطبيقى، تبدأ المدة من تاريخ أول نشر للترجمة أو اتاحة المصنف للجمهور أيهما أبعد (بالنسبة للفن التطبيقى).

٢- بالنسبة للمصنفات المشتركة تبدأ المدة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين (م ١٦١).

٣- بالنسبة للمصنفات الجماعية إذا كان صاحب الحق شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً تحسب المدة من تاريخ النشر والاتاحة للجمهور لأول مرة أيهما أبعد.

٤- بالنسبة للمصنفات التى تنشر غفلا من الاسم أو تنشر تحت اسم مستعار تبدأ من تاريخ النشر. وبالتالى تنقضى الحماية بانقضاء المدة القانونية حتى ولو كان المؤلف على قيد الحياة. أما إذا كشف المؤلف عن شخصيته[٢] فإن الأمر يعود إلي القاعدة الأصلية التى تقضى بحساب مدة الحماية من تاريخ الوفاة. ويطبق ذات الحكم إذا توفي المؤلف دون أن يكشف عن شخصيته، وقام

---

(١) وتحسب المدة من تاريخ الوفاة حتى فى الحالات التى ينشر فيها المصنف لأول مرة بعد وفاة المؤلف. فإذا نشر مصنف بعد عشر سنوات مثلا من وفاة صاحبه فإن ما بقي من مدة الحماية ينحصر فى الأربعين سنة الباقية.

(٢) ويطبق حكم القاعدة الأصلية أيضاً إذا كان الاسم المستعار لشخص معروف، أى أنه لا يخفى شخص المؤلف.

الورثة باعلان شخصيته، بناء على إذن مسبق منه، بمعنى أن المدة تبدأ أيضا فى هذه الحالة من تاريخ الوفاة.

٥- فى الأحوال التى تبدأ فيها مدة الحماية اعتباراً من تاريخ النشر أو الاتاحة للجمهور، يتعين الاعتداد بأول نشر للمصنف أول اتاحة للجمهور، بمعنى أنه لا يعتد باعادة الطبع. غير أن هذا الحكم مقيد بألا تكون الطبعات الجديدة قد أدخلت تعديلات جوهرية على المصنف. ففى هذا الفرض الأخير تبدأ مدة الحماية من تاريخ نشر الطبعة الجديدة على أساس أنها مصنف جديد. ومعنى ذلك أنه فى حالات الطبعات الجديدة، ذات التعديل الجوهرى، تستقل كل طبعة، بالنسبة لحساب مدة الحماية عن الطبعات الأخرى.

٦- إذا تضمن المصنف عدة أجزاء، أو مجلدات، وتم نشر كل منها منفصلا وفى وقت مختلف، تعين اعتبار كل جزء مصنفا مستقلا فى حساب مدة الحماية[1].

المطلب الخامس

الطبيعة القانونية لحق المؤلف

١٠٦- ثار نقاش حول معرفة مكان حق المؤلف بين الحقوق المالية المختلفة، وهى الحقوق العينية والحقوق الشخصية. ولا مجال للقول بأن حق المؤلف يعد حقاً شخصياً، فهذا الأخير يقوم على اقتضاء عمل أو امتناع فى اطار رابطة قانونية بين الدائن والمدين. ولا أثر، فى صدد حق المؤلف، لهذا المضمون[2]، لا فى جانبه المالى ولا فى جانبه المعنوى. يبقى التساؤل عن مكان

---

(١) مادة ١٦٥ من القانون.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية الحق، ١٩٥٧، ص ٥٢.

حق المؤلف بين الحقوق العينية. وهل يمكن أن يعد حق ملكية، أم أنه حق من نوع متميز؟ وترجع صعوبة المسألة إلى اعتبارات عدة كامنة فى طبيعة حق المؤلف ذاته.

فحق المؤلف من طبيعة مركبة، فهو يحوى، كما ثبت من العرض السابق، جانبين أولهما الجانب الأدبى، وهو يخول صاحب الحق مكنات هامة، وهو مؤبد لا يسقط بمضى المدة، لصيق بشخصية صاحبه ولا يقبل التنازل عنه.. وثانيهما الجانب المالى وهو مؤقت يسقط بمضى مدة معينة، غير لصيق بالشخصية، وبالتالى يرد عليه التنازل والتعامل المالى.

وبالاضافة إلى ما سبق فإن حق المؤلف يرد فى جوهره على قيمة معنوية هى نتاج الفكر والابداع الإنسانى، فى حين أن الحقوق العينية، التى يعرفها النظام القانونى، ترد على أشياء مادية محسوسة[١].

وقد أشارت المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف الملغى ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ للازدواج فى حق المؤلف وللخلاف حول طبيعته، حيث ذكرت أن المصنف، سواء كان مؤلفا أدبيا أو علميا أو فنيا، هو ثمار تفكير الإنسان ومهبط سره ومرآة شخصيته، بل هو مظهر من مظاهر هذه الشخصية ذاتها يعبر عنها ويفصح عن كوامنها[٢].

وحق المؤلف يتناول ناحية أدبية بحتة تخول للمؤلف وحده حق تقرير نشر مصنفه علي الجمهور، ونسبته إلى نفسه، وسحبه من التداول، والزام الغير

---

(١) راجع السنهورى، المرجع السابق (الوسيط الجزء الثامن) رقم ١٦٤، ص ٢٧٤ ومابعدها.

(٢) المذكرة الايضاحية، السابق الاشارة إليها، ص ١٣١٢.

باحترام مصنفه «كما أن حق المؤلف يتناول أيضا ناحية مادية، إذا ما قرر المؤلف نشر مصنفه يجعل هذا الحق يدخل فى ذمته المالية، وهو ما يعبر عنه بالحق المالى» ثم أشارت المذكرة الايضاحية إلى النظريات التى قيل بها[1] فى شأن طبيعة حق المؤلف (نظرية الوحدة ونظرية الازدواج) وإلى أن المشرع رأى عدم التقيد بنظرية معينة فيما أورده من نصوص.

١٠٧- ونلاحظ ابتداء، تعقيبا على ما ورد فى المذكرة الايضاحية للقانون السابق أن استعراض النصوص والأحكام القانونية التى جاءت فى قانون حماية حق المؤلف تضمنت ازدواج حق المؤلف واحتوائه على جانبين متميزين، لكل منهما خصائصه وأحكامه المستقلة، وقد أشارت المذكرة الايضاحية ذاتها إلى هذا المعنى فيما سبق أن عرضناه منها. أما ما لم يحسم فيه القانون برأى فهو طبيعة حق المؤلف فى مجمله. وهل هو حق ملكية أم أنه حق من نوع آخر؟ وهذه المسألة تترك عادة، بحكم طبيعتها المرتبطة بالتأصيل الفكرى والقانونى، لجهد الفقه والقضاء، وليس للنصوص القانونية شأن فيها.

نظرية الملكية:

١٠٨- وقد ذهب رأى قديم، عقب شيوع مبادئ الثورة الفرنسية، إلى القول بأن حق المؤلف هو حق ملكية (ملكية أدبية وفنية). وقد كان الهدف من هذا المذهب - كما يلاحظ الأساتذة هـ.ل.ج.مازو[1]- هو تأمين أكبر قدر من الحماية الفعالة لحق المؤلف. فقد كان حق الملكية هو النموذج الذى يخول صاحبه مطلق سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف. فالمؤلف أولى من غيره بملكية

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون الملغى، السابق، ص ١٣١٣.

(٢) هـ.ل.ج.مازو، دروس فى القانون المدنى، الطبعة الرابعة، رقم ٦٦٦، ص ٦٧٤.

مصنفه من أى شخص آخر[١]. وقد قيل فى تبرير هذا المذهب أن كل قيمة هى ملك لمن ينتجها بعمله الذهنى أو اليدوى، وإذا كان الإنسان يحوز أشياء نتيجة لعمله، فإن ما تجود به القريحة والعقل أولى بالتملك. وفى هذا الفرض تكون ملكية المصنف متفقة مع طبيعة الأشياء، لا ينفصل فيها محل الحق عن صاحبه[٢].

١٠٩- وقد تعرض التصور السابق للنقد من نواح متعددة، فحق الملكية يفترض، على أساس أنه أحد الحقوق العينية، شيئا ماديا يرد عليه[٣]،[٤]. والمصنف الأدبى أو الفنى أو العلمى ليس شيئا بالمعنى الصحيح.

ويتعين أن نلاحظ فى هذا المقام أن المصنف المقصود فى اطار هذا النقد الأول هو المصنف فى ذاته، أى **الفكر المجرد غير المحسوس**[٥]، وبالتالى يجب التمييز بينه وبين النسخة التى يتجسد فيها التعبير عنه. فالنسخة تكون محلا لحق ملكية بالمعنى الكامل، ولكن المصنف كفكرة يستقل عن هذه النسخة.

---

(١) راجع أيضا: رشت، المرجع السابق، ص ٤٨، Poullet فى مطول الملكية الأدبية والفنية، الطبعة الثالثة، ص ٢٨ ومابعدها.

(٢) راجع: رشت، المرجع السابق، ص ٤٩، والمراجع التى أشار إليها كذلك ص ٦٢ ومابعدها.

(٣) راجع: عبدا لمنعم البدراوى، حق الملكية ١٩٧٣، حيث يشير إلى أن استعمال لفظ الملكية هنا من قبيل المجاز، رقم ١٨٥، ص ٢٦٨، نعمان جمعة، دروس فى المدخل، ١٩٧٥/١٩٧٦ ص٣٠٦ ومابعدها.

(٤) راجع فى الموضوع: أحمد سلامة، نظرية الحق، ١٨٢، ص ٣٢٣ ومابعدها، توفيق فرج، المدخل، رقم ٣٢٢، ص ٥٤٣.

(٥) راجع فى الموضوع: السنهورى، المرجع السابق (الوسيط جزء ٨) رقم ١٦٦، ص٢٧٧ ومابعدها.

أى أن المصنف كخلق ذهنى وروحى وفكرى يستقل عن الوسائل التى تستخدم فى التعبير عنه وتوصيله إلى الجمهور[١].

ومن **ناحية ثانية** فإن الحق الأدبى للمؤلف والذى يصاحب الحق المالى يضفى على حق المؤلف طابعا يتعارض مع حق الملكية[٢]. فرغم أن المؤلف قد يتنازل عن حقوقه المالية عن مصنفه، فإنه يحتفظ دائما بحقه الأدبى، ويخوله هذا الحق الأخير مكنة وقف عرض المصنف أو نشره. ولو أننا كنا بصدد حق ملكية لأدى التنازل عنه إلى انتقاله بصفة نهائية، بحيث يفقد المتنازل كل مكنة تتعلق بالشئ المتنازل عنه.

وبناء على ذلك فإن حق المؤلف حين يتم التنازل عنه، فإن هذا التنازل تحدده شروط مختلفة عن تلك الخاصة بحق الملكية[٣].

ومن **ناحية ثالثة**، فمن الجائز الحجز على الحق المالى للمؤلف، ومع ذلك فقد أدى الجانب الأدبى، فى هذه الحالة، إلي حكم خاص مفاده حرمان الدائنين من الحجز على النسخ التى لم تسلم للناشر، حيث يقتصر الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره فحسب. وأخيرا فإن حق الملكية حق مؤبد، **فى حين أن الحق المالى** للمؤلف محدود بمدة معينة[٤].

---

(١) راجع: مازو، المرجع السابق، الموضع السابق.

(٢) راجع وقارن عرض: نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

(٣) راجع: مازو، المرجع السابق، ص ٦٧٥.

(٤) راجع: عبد المنعم البدراوى، حق الملكية،ن ص ٢٦٩، وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية فكرة حق الملكية منذ صدور حكم قديم لها فى ٢٥ يوليو سنة ١٨٨٧، سيرى ١٨٨٨- ١- ٩٧.

نظرية الوحدة أو الاندماج:

١١٠- وهى نظرية تركز على الجانب الأدبى لحق المؤلف، ومن أشهر دعاتها الأستاذ ناست Nast[(١)]. وتعطى هذه النظرية أولوية كاملة للحق الأدبى، ويجب أن تفسح حقوق الاستغلال المالى المجال أمامه. فحقوق الاستغلال المالى ما هى إلا نتيجة للحق الأدبى[(٢)]، أو هى ممارسة لنتيجة هامة من نتائجه. ورغم أهمية هذه النتيجة المالية التى يتوخاها المؤلف من وراء النشر، إلا أنها مجرد رخصة للمؤلف.

ويبحث هذا الرأى عن خلفية تدعمه فى ارتباط حق المؤلف بشخصيته، فالعمل الذهنى لا ينفصل عن هذه الشخصية، ولذلك فالجانب الأدبى هو الجانب الغالب الذى يطغى على ما عداه.

واستناداً إلى المفهوم السابق يفرق الأستاذ ناست بين الخلق الأدبى أو الفنى أو العلمى فى ذاته، وبين ما ينتج عن استغلاله من أرباح أو دخل مادى.

---

(١) تعليق فى داللوز الدورى سنة ١٩٣٦-٢-٦٥، تحت حكم محكمة السين فى أول أبريل سنة ١٩٣٥.

(٢) قرب من هذا المعنى حكم محكمة السين في أول ابريل ١٩٣٥، السابق الاشارة إليه، حيث قضت المحكمة استناداً إلى هذا المفهوم بعدم دخول حق المؤلف فى الأموال المشتركة للزوجين.
وفى معنى تغليب الجانب الأدبى أيضا باريس فى أول فبراير سنة ١٩٠٠، داللوز الدورى ١٩٠٣-١-٥ وتعليق كولان، وتعليق يؤيد المعنى للأستاذ سالى فى سيرى ١٩٠٠-٢-١٢١، على أساس أن حق المؤلف لا يدخل فى الأموال المشتركة للزوجين لأنه ليس حق ملكية عادية ولكنه امتياز استغلال شخصى وخاص، وما يدخل فى الأموال المشتركة هو العائد الدورى الذى حصل عليه أثناء الزواج.
راجع أيضا محكمة باريس ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨-١٨٦، وراجع تعليق الأستاذ ديبوا فى داللوز ١٩٤٥ ص ٢٨٥ تحت حكم نقض ١٤ مايو سنة ١٩٤٥.

فالدخل أو الربح ليس هو جوهر المصنف، وجوهر المصنف هو فكر المؤلف بوصفه التعبير عن نشاطه الذهنى، فهو - إن صح التعبير - «الصناعة الذهنية» ذاتها وليس نتائج هذه الصناعة[1].

ويضيف صاحب هذه النظرية أن العمل الذهنى عندما يتجسد فى شكل مادى فإن ذلك لا يعنى أن المصنف قد أصبح نتاجا للخلق العقلى. وهو يقصد، فى هذا المقام، أننا مازلنا في صدد المصنف فى ذاته وليس ما نتج عنه. ويؤكد هذا الأمر أن المصنف غير المنشور لا يدخل فى نطاق المعاملات المالية، كما أن التنازل عن المصنف لا يحمل فى ذاته تخويل حق استغلاله مالياً.

ويترتب على منطق هذه النظرية عدة نتائج:

(أ) أن المؤلف حين يتعاقد على نشر مصنفه فإن المصنف يصبح بعد الطبعة المتفق عليها، أصلا غير منشور، أى أنه يعود مرة أخرى تحت الطبع من جديد حسب مشيئة المؤلف. ويستمر الأمر على هذا الحال ما بقى المؤلف علي قيد الحياة. والأستاذ ناست يشير بهذا الحكم إلى ما اعتبره نتيجة أساسية لنظريته، وهو أنه ليس هناك انفصال كامل للمصنف عن شخصية صاحبه. فالارتباط بين المصنف والشخصية هو ارتباط لا تنفصم عراه، وبالتالى فالتعاقد على النشر هو مجرد منح امتياز لطبعة واحدة، أى أنه تنازل محدود ومؤقت، يعود بعده المصنف نسخة غير مطبوعة مرتبطة بشخص المؤلف. وبالتالى لا يستطيع المؤلف أن يتنازل، ومن باب أولى، للغير عن حق نشر مصنفاته الحاضرة والمستقبلة (أى مجموع انتاجه الفكرى)، يستوى فى ذلك أن يكون التنازل بعوض أو بغير عوض.

(١) تعليق الأستاذ ناست فى داللوز الدورى سنة ١٩٣٦-٢-٦٥ تحت حكم محكمة السين أول ابريل سنة ١٩٣٥.

(ب) يترتب على أن الحق الأدبى هو جوهر حق المؤلف، أن هذا الحق لا يدخل، فى ذاته، في الذمة المالية، وبالتالي فهو لا يقبل الحجز عليه. وما يدخل فى الذمة هو فقط العائد المالى الناتج عن نشر المصنف[(١)].

١١١- وقد ذهب الأستاذ سالى Salelles اتجاهاً قريباً من المذهب السابق حيث يرى هذا الفقيه أن حق المؤلف لايمكن أن يمثل قيمة تستقل تماما عن شخصية المؤلف. فالخط الفاصل بين نشاط الشخص ونتاج هذا النشاط لا يمكن رسم حدوده بوضوح. فبين النشاط الخلاق للشخص بوصفه كامنة من كوامن الشخصية، كقوة داخلية خلاقة، ونتاج هذا النشاط، توجد درجات من التداخل والاختلاط، والملكية الأدبية تمثل أحد هذه الأوضاع الدقيقة.

فالمصنف يمر، فى خلقه، بمراحل ثلاث: فوجود المصنف يبدأ كفكرة يعدها المؤلف، ثم يصوغها فى مخطوط، أو وسيلة، معد للنشر، ثم ينتهى أمرها بالنشر فعلا.

وعند الوصول إلى المرحلة الأخيرة ينشأ حقان بينهما قدر من التعارض: الحق المالى، الذى يستهدف الحصول على الربح، وحق الشخصية (أو الحق الأدبى) الذى يطغى على الحق المالى. ومعنى هذا التحديد الأخير أنه حيث تثور مسألة اعادة طبع المصنف فإن المسألة الأدبية تتدخل لتجعل من اعادة النشر رخصة يقدرها المؤلف بكامل حريته. ويظل تغليب الجانب الأدبى قائما ما ظل المؤلف على قيد الحياة. فإذا مات المؤلف، تجرد الحق عن طابعه اللصيق بالشخصية وآل إلى التركة[(٢)].

---

(١) ناست، التعليق السابق.

(٢) راجع: سالى فى تعليق له منشور فى سيرى ١٩٠٠-٢-١٢١ تحت حكم باريس فى أول يناير ١٩٠٠ السابق الاشارة إليه.

نظرية الازدواج:

١١٢- ومن أبرز أنصارها الأستاذ ديبوا Desbois.

وتبدأ هذه النظرية بهدم مفهوم نظرية الادماج، السابق عرضها، حيث وجهت إليها عدة انتقادات[١]. وقد تركزت الانتقادات حول نظرية الأستاذ ناست:

- ان نظرية الادماج تقوم على مقولة لا سند لها من الواقع، وهى أن المصنف يرتبط بالشخصية بما لا انفصال له. ويفصل الأستاذ ديبوا نقده بالقول بأن نشر المصنف للمرة الأولى يحدث تحولا لا يقل أهمية عن واقعة انقضاء الحق المالى بأيلولة المصنف إلى الملك العام.

فالخلق الأدبي يعطى للمصنف حياته، والنشر يدلف بالمصنف إلى نطاق القيم المالية. ومنذ هذه اللحظة الأخيرة يصبح المصنف محلا للتعامل والتعاقد، ومن الزيف أن نعتبر المصنف، رغم ذلك، غير صالح أن يكون محلا للتصرفات المالية.

- ان نظرية الأستاذ ناست، السابق عرضها، قد خففت من الطابع الشخصي للمصنف بعد وفاة المؤلف، حيث أجازت أيلولة المصنف إلى الورثة. وهذا الحكم يتناقض مع جوهر النظرية، ذلك أنه إذا كان المصنف لصيقا بالشخصية، بالقدر الذى نادت به نظرية الادماج، فإن المنطق يقتضى ألا يكون

---

(١) راجع: ديبوا، حق المؤلف فى فرنسا، رقم ٢٠٨، ص ٢٣٦ و٢٣٧ وراجع أيضا: نقد الأستاذ رشت، الرسالة السابق الاشارة إليها، رقم ١٢٤، وديران، حقوق المؤلف، باريس ١٩١١، ص٦٠.

للورثة، بعد الوفاة، سوى حق الدفاع عن المصنف، دون الحصول على أى كسب مالى من ورائه، بمعنى أن المنطق يقتضى استبعاد حق المؤلف من نطاق التركة.

- ان التجربة تثبت أن الخلط لا يقوم بين الحق الأدبى والحق المالى، رغم ما بينهما من تداخل، ولا يتفق مع الدقة أن نصف حق الاستغلال المالى بأنه إحدى مكنات الحق الأدبى، بحجة أن المؤلف هو وحده الحكم فى فض مشكلات وشروط النشر والعرض على الجمهور. وذلك أن الواقع يثبت أن حماية المصالح الأدبية واشباع المصالح المالية يمثلان هدفين يمكن الفصل بينهما. فمن المتصور أن يخضع نشر المصنف وعرضه على الجمهور، من زاوية الحق الأدبى، لإذن المؤلف، ومع ذلك لا يحصل هذا المؤلف على أى دخل مالى[1].

يضاف إلى هذا التحديد السابق أن نطاق كل من المصلحتين متميز عن نطاق الأخرى. وإذا تعاصر الضرر الأدبى والضرر المالى - من جراء الاعتداء على المصنف - فى أغلب الحالات، فإن التطابق بينهما ليس دائماً. والمثل الواضح، لاثبات هذه الملاحظة الأخيرة، هو أن الحذف أو التعديل فى المصنف قد يؤدى، رغم أنه يمثل مساساً بالحق الأدبى، إلى زيادة مبيعات المصنف، وبالتالى إلى زيادة الربح. وبالمقابل فإن تقليد المصنف قد لا يضر بالمؤلف أدبيا ومع ذلك يضر بمصالحه المالية.

- وأخيراً يلاحظ الأستاذ ديبوا أن مسيرة الحق الأدبى تختلف عن مسيرة الحق المالى. فهما لا يولدان فى وقت واحد، ولا يختفيان معاً[2]. ففى مرحلة

---

(١) راجع: ديبوا، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(٢) ديبوا، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

مولد المصنف كخلق أدبى، وقبل اتخاذ قرار بالاستغلال المالى، يظل الحق المالى كامنة Virtualité، مجرد كامنة من كوامن حق المؤلف، فى حين أن الحق الأدبى يوجد منذ أول خطة قلم، أو ريشة رسم، أو افصاح عن خطة مبدئية[١]. ويترتب على هذا القول أن حق المؤلف لا يدلف إلى عالم القيم الاقتصادية إلا باستعمال المؤلف لحقه فى النشر.

- واستطرادا مع الانتقادات السابقة يبلور الأستاذ ديبوا نظريته فى الازدواج بالقول بأن المؤلف يتضمن حقين منفصلين ومستقلين كل منهما عن الآخر. فمنذ اللحظة التى ينشر فيها المصنف ينشأ لصاحبه حق الاستغلال المالى، وهو حق يتضمن قيمة تدخل فى نطاق المعاملات المالية.

غير أن هذا الازدواج لا يقلل من أهمية الحق الأدبى[٢]. فهذا الحق الأخير يبقى قائما ومستمرا، بل يقف على درجة أكثر سموا من الحق المالى[٣]،[٤].

---

(١) ديبوا، المرجع السابق، ص ٢٣٨، وراجع وقارن محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٧٧ ومابعدها.

(٢) راجع: ديبوا، الموضع السابق، وراجع فى معنى قريب من نظرية ديبوا الأستاذ Lyon-Caen فى تعليق له منشور فى سيرى ١٩٠٢-١-٣٠٥ تحت حكم نقض ٢٥ يونيو سنة ١٩٠٢.

(٣) وراجع فى تأييد نظرية الازدواج: نقض مدنى ٢٥ يونيو ١٩٠٣ فى دالloz الدورى ١٩٠٣-١-٥ الذى نقض حكم محكمة باريس السابق الاشارة إليه، على أساس أن حق المؤلف يرد على مال يدخل فى نطاق المعاملات، ويدخل بالتالى، فى الأموال المشتركة للزوجين، ونقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٤٥ فى دالloz ١٩٦٥ - ٢٨٥ وتعليق ديبوا، محكمة السين ١٠ يوليو سنة ١٩٤٦ دالloz ١٩٤٧ - ٢٨٥ وتعليق ديبوا، محكمة السين ١٠ يوليو سنة ١٩٤٦ دالloz ١٩٤٧ - ٩٨ وتعليق ديبوا، محكمة أورليان ١٧ مارس ١٩٦٥، دالloz ١٩٦٥ مختصر ١١٣، ونقض مدنى ٤ يونيو سنة ١٩٧١، دالloz ١٩٧١-٥٨٢ وتعليق.

(٤) راجع رأى الأستاذ سافاتييه فى أن حق المؤلف شكل جديد من أشكال الملكية (مجموعة =

ملحق نصوص الكتاب الرابع

من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢

حماية الأصناف النباتية

مادة ١٨٩- تتمتع بالحماية طبقاً لأحكام هذا القانون الأصناف النباتية المستنبطة فى جمهورية مصر العربية أو فى الخارج سواء تم التوصل إليها بطريقة بيولوجية أو غير بيولوجية وذلك متى قيدت فى السجل الخاص بالأصناف النباتية التى تمنح حق الحماية.

مادة ١٩٠- ينشأ بقرار من رئيس مجلس الوزراء مكتب يسمى مكتب حماية الأصناف النباتية ويختص هذا المكتب بتلقى الطلبات المقدمة للحصول على حماية الأصناف النباية وفحصها والبت فيها ومنح شهادة الحماية، وذلك طبقا للقواعد والإجراءات التى يحددها قرار الانشاء.

مادة ١٩١- مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية النافذة فى جمهورية مصر العربية، يكون لكل شخص طبيعى أو اعتبارى من المصريين أو من الأجانب الذين ينتمون أو يقيمون أو يتخذون مركز نشاط حقيقى وفعال لهم فى إحدى الدول أو الكيانات الأعضاء فى منظمة التجارة العالمية أو التى تعامل جمهورية مصر العربية معاملة المثل، أن يتمتع بالحماية المقررة فى هذا الكتاب للأصناف النباتية.

مادة ١٩٢- يشترط للتمتع بالحماية أن يكون الصنف متصفاً بالجدة والتميز والتجانس والثبات وأن يحمل تسمية خاصة به.

ويكون الصنف جديداً إذا لم يقم مربى الصنف النباتى حتى تاريخ تقديم الطلب ببيع مواد الإكثار النباتى للصنف أو تداولها بنفسه أو بموافقته لأغراض الاستغلال، ولا يفقد المصنف شرط الجدة إذا تم الطرح أو التداول فى جمهورية مصر العربية لمدة لا تزيد على سنة سابقة على تقديم الطلب. فإذا كان الطرح أو التداول قد تم فى الخارج فيجب ألا تزيد المدة على ست سنوات بالنسبة للأشجار والأعناب وألا تزيد على أربع سنوات بالنسبة لغيرها من الحاصلات الزراعية، كما لا يفقد الصنف شرط الجدة إذا تم بيعه أو منح حق استغلاله بموافقة المربى للغير قبل منحه حق الحماية.

ويكون الصنف متميزاً إذا أمكن تمييزه عن غيره من الأصناف المعروفة بصفة واحدة ظاهرة

= قانونية جديدة) ويرى أنه من الخطأ أن نستمر فى التصور التقليدى لحق الملكية والذى يذهب إلى أن هذا الحق لا يرد إلا على الأشياء المادية ر.سافتيه، التحولات، المجموعة الثالثة، رقم ٤٨١ ومابعدها، وراجع وقارن: أحمد سلامة، نظرية الحق، رقم ١٨٣، ص٣٢٥، اسماعيل غانم، نظرية الحق، ١٩٦٦، ص٧٧ ومابعدها.

على الأقل مع احتفاظه بهذه الصفة عند إكثاره.

ويكون الصنف متجانساً إذا كان الاختلاف بين أفراده يقع فى نطاق الحدود المسموح بها.

ويكون الصنف ثابتاً - عند تكرار زراعته - إذا لم تتغير خصائصه الأساسية بتكرار اكثاره لفترة تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

وتمنح شهادة حق المربى لمستنبط الصنف النباتى الذى تتوافر فيه شروط الحماية سواء أكان المستنبط شخصا طبيعيا أو اعتبارياً.

مادة ١٩٣- تكون مدة حماية الأصناف النباتية خمساً وعشرين سنة بالنسبة للأشجار والأعناب وعشرين سنة بالنسبة لغيرها من الحاصلات الزراعية.

وتبدأ مدة الحماية اعتباراً من تاريخ منحها.

ومع ذلك يمنح الصنف المقدم عند الطلب حماية مؤقتة تبدأ من تاريخ ايداع الطلب وتنتهى بنشر الإعلان عن قبول منح الحماية على أن يقتصر حق المربى - المنصوص عليه بالمادة (١٩٤) من هذا القانون - خلال هذه الفترة على الحق فى التعويض العادل بمجرد منحه هذه الحماية، بشرط أن يكون المربى قد وجه اخطاراً بإيداعه الطلب إلى من قام باستغلال الصنف النباتى قبل منحه الحماية.

مادة ١٩٤ - يتمتع من يحصل على شهادة حق المربى بحق استئثارى يخول له الاستغلال التجارى للصنف النباتى المحمى بأى صورة من الصور ولا يجوز للغير انتاج أو اكثار أو تداول أو بيع أو تسويق أو استيراد أو تصدير مواد الاكثار إلا بموافقة كتابية.

مادة ١٩٥- لا تمنع الحماية الغير من القيام بالأعمال الآتية:

١- الأنشطة غير التجارية والاستخدام بغرض الإكثار الشخصى لناتج مادة الإكثار بواسطة المزارع على أرضه فى حيازته الخاصة.

٢- الأنشطة المتصلة بالتجارب وبأغراض البحث العلمى.

٣- أنشطة التربية والتهجين والانتخاب وغيرها التى تستهدف استنباط أصناف جديدة.

٤- الأنشطة التى تتعلق بأغراض التعليم والتدريب.

٥- أنشطة الاستخدام والاستغلال التجارى والاستهلاك لمادة المحصول والمواد الأولية والوسيطة والمنتجات النهائية التى تصنع أو تستخرج من مادة المحصول بشكل مباشر أو غير مباشر سواء تمثلت مادة المحصول فى هيئة نبات كامل أو كانت جزءاً منه.

مادة ١٩٦- يمنح مكتب حماية الأصناف النباتية، بناء على عرض وزير الزراعة وبعد موافقة لجنة وزارية تشكل بقرار من رئيس مجلس الوزراء، تراخيص اجبارية باستخدام واستغلال الصنف المحمى دون موافقة المربى وذلك فى الحالات التى تقتضيها المصلحة العامة، وكذلك فى حالات

امتناع المربى عن انتاج الصنف بمعرفته أو توفير مواد الإكثار للصنف المحمى أو رفضه منح حق استغلال الصنف للغير رغم مناسبة الشروط المعروضة عليه أو قيامه بالممارسات المضادة للتنافس.

ويستحق المربى تعويضاً عادلاً مقابل منح الغير حق استخدام واستغلال الصنف خلال مدة الترخيص الإجبارى وتراعى فى تقدير التعويض القيمة الاقتصادية لهذا الصنف.

مادة ١٩٧- يجب على المرخص له تطبيقاً لأحكام المادة (١٩٦) من هذا القانون أن يلتزم بشروط الترخيص الاجبارى، ولا يجوز له التنازل عنه للغير أو المساس بالحقوق الأخرى للمربى أثناء مدة الترخيص.

وينتهى هذا الترخيص بانتهاء المدة المحددة له ويلغى إذا خالف المرخص له لأى شرط من شروط الترخيص.

مادة ١٩٨- تستنفد حقوق المربى على مواد الصنف المحمى إذا طرحت للتداول بمعرفته أو بموافقته خارج جمهورية مصر العربية، ويحق للغير فى هذه الحالة تداول أو بيع أو تسويق أو توزيع أو استيراد الصنف المحمى سواء فى هيئة مواد إكثار أو مواد محصول من نبات كامل أو أى جزء منه أو المنتجات المستخرجة أو المصنعة من المحصول أو غير ذلك من مكونات النبات.

ويحق للمربى أن يمنع الغير من تصدير الصنف المحمي إذا كان التصدير يؤدى إلى اكثار الصنف فى بلد لا يتمتع الصنف فيه بالحماية. ومع ذلك لا يحق للمربى منع الغير من تصدير الصنف المحمى إلى أى دولة إذا كان الغرض منه هو الاستهلاك.

مادة ١٩٩- لوزير الزراعة - بناء على توصية اللجنة الوزارية المشار إليها فى المادة (١٩٦) من هذا القانون - أن يقيد مباشرة المربى لكل أو بعض حقوقه المنصوص عليها فى هذا القانون بأى صورة من الصور بهدف تحقيق المصلحة العامة خاصة فى الأحوال الآتية:

١- إذا ظهر للصنف النباتى المحمى تأثير ضار على البيئة الطبيعية أو على سلامة التنوع البيولوجى فى جمهورية مصر العربية، أو على القطاع الزراعى فيها، أو على حياة أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات.

٢- إذا ظهر للصنف النباتى المحمى تأثير اقتصادى أو اجتماعى ضار أو معوق للأنشطة الزراعية المحلية، أو إذا ظهر له استخدام يتناقض مع قيم ومعتقدات المجتمع.

مادة ٢٠٠- يلتزم المربى بالكشف عن المصدر الوراثى الذى اعتمد عليه لاستنباط الصنف النباتى الجديد، ويشترط لتمتع الصنف النباتى الجديد بالحماية أن يكون المربى قد حصل على ذلك المصدر بطريق مشروع وفقاً للقانون المصرى.

ويمتد هذا الالتزام إلى المعلومات التراثية والخبرات التى تراكمت لدى الجماعات المحلية التى

يكون المربى قد اعتمد عليها فى جهوده لاستنباط هذا الصنف النباتى الجديد.

وبالمثل يلتزم المربى الذى يتعامل مع الموارد الوراثية المصرية بهدف استنباط أصناف جديدة مشتقة منها بالحصول على موافقة الجهة الإدارية المختصة على هذا التعامل، كما يتعهد باحترام المعارف التراثية المصرية كمصادر لما يكون قد توصل إليه من إنجازات استخدمت فيها تلك المعارف والخبرات، ويكون ذلك بالإعلان عن المصدر المصرى الذى استفاد منه ذلك المربى وباقتسام العوائد التى يحققها مع صاحب المصلحة، وذلك على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

وينشأ بوزارة الزراعة سجل لقيد الموارد الوراثية المصرية النباتية، البرية والبلدية منها.

مادة ٢٠١- يصدر مكتب حماية الأصناف النباتية شهادة حق المربى وفقاً للإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون وبعد أداء رسم تحدده هذه اللائحة بما لا يجاوز خمسة آلاف جنيه.

ويتم النشر عن ذلك على نفقة صاحب الحق فى جريدة شهرية يصدرها المكتب ويخطر من رفض طلبه بقرار الرفض وأسبابه، ويكون لكل ذى شأن حق التظلم من قرار منح شهادة حق المربى أو رفض طلب حماية الصنف النباتى، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ النشر أو من تاريخ الاخطار على حسب الأحوال.

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون قواعد وإجراءات الإخطار ونظر التظلم والبت فيه.

مادة ٢٠٢- تلغى شهادة حق المربى وذلك فى أحوال فقد الصنف لأحد الشروط الخاصة بمنحها أو فى حالة منحها بالمخالفة لأحكام هذا القانون، وذلك وفقا للقواعد والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير الزراعة.

ويكون إخطار ذى الشأن بهذا القرار بموجب كتاب موصى عليه مصحوباً بعلم الوصول، وله أن يتظلم منه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإخطار.

ويصدر وزير الزراعة قراراً بقواعد وإجراءات نظر التظلم والبت فيه.

مادة ٢٠٣- مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها فى أى قانون آخر يعاقب كل من يخالف عمدا أحكام هذا الكتاب بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه.

وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز سنة، وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه.

وفى جميع الأحوال يحكم بمصادرة التقاوى ومواد الإكثار المضبوطة.

مادة ٢٠٤- لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع وبناء على طلب كل ذى شأن، بمقتضى

أمر يصدر على عريضة، أن يأمر بإجراء أو أكثر من الإجراءات التحفظية المناسبة وعلى وجه الخصوص:

١- اثبات واقعة الاعتداء على الحق محل الحماية.

٢- إجراء حصر ووصف تفصيلي للمنتجات المخالفة والأدوات التى استخدمت وتستخدم فى ارتكاب الجريمة.

٣- توقيع الحجز على الأشياء المذكورة فى البند (٢).

ولرئيس المحكمة فى جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ، وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة.

ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع إلى المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدور الأمر وإلا زال كل أثر له.

مادة ٢٠٥- لذوى الشأن التظلم من الأمر إلى رئيس المحكمة الآمر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره أو إعلانه على حسب الأحوال، ويكون لرئيس المحكمة تأييد الأمر أو إلغاؤه كلياً أو جزئياً، وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

مادة ٢٠٦- يصدر وزير العدل بالاتفاق مع وزير الزراعة قراراً بتحديد من لهم صفة الضبطة القضائية فى تنفيذ أحكام هذا الكتاب.

ملحق حكم محكمة النقض (الدائرة المدنية) فى ٧ من يوليو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض المدنى ١٥-١٤١-٩٢٠:

وحيث أن الوقائع تتحصل على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن فى أن المطعون ضده الأول أقام فى ١٨ من يناير سنة ١٩٥٥ الدعوى رقم ٢١٧ سنة ١٩٥٥ تجارى كلى القاهرة ضد الطاعن بصفته، طالباً الزامه بأن يدفع له على سبيل التعويض المؤقت مبلغ سبعة آلاف جنيه، وقال فى بيان دعواه أنه قام بإعداد وطبع كتاب صحيح الإمام مسلم بشرح النووى وهو من أكبر كتب السنة النبوية ويقع فى خمسة آلاف صفحة - وأخرجه فى صورة مبتكرة لم يسبقه إليها أحد، وبذل فى ذلك جهداً كبيراً فوضع للكتاب تراجم للإمام النووى (شارح الكتاب) استقى عناصرها من بطون أمهات كتب التراجم، كما قام بترتيب الكتاب ترتيباً خاصاً وبوبه وراجعه مراجعة دقيقة بتصحيحه واستعمل فى طباعته أدوات خاصة وأحرف ممتازة استوردها من الخارج، وبعد أن قام بنشر هذا الكتاب علم بأن الطاعن قام بتقليده بطريق الزنكوغراف

ووضع أكلشيهات له طبع عليها سائر الكتاب عدة طبعات متماثلة وقد بلغ التقليد إلى حد أن الطاعن نقل فى هذه الطبعات خاتمة الكتاب وهى قصيدة لأحد كبار العلماء فى تقريظ الكتاب ومخرجه (المطعون ضده) وبالجملة فإن الكتاب الذى أخرجه الطاعن جاء صورة مطابقة تماما لكتابه فيما عدا ما لجأ إليه الطاعن من رفع اسم المدعى واسم مطبعته من على الكتاب ووضع اسمه هو واسم مطبعته بدلا منهما. ومضى المدعى (المطعون ضده) قائلا إنه لما كان له حق المؤلف على كتابه سالف الذكر بما يترتب على هذا الحق من أن يكون له وحده الحق فى استغلال المصنف والتصرف فيه، وكان ما فعله المدعى عليه (الطاعن) بغير إذن منه يعتبر اعتداء على حقه هذا وأمراً مخالفاً للقانون وقد ناله ضرر من جرائه فقد رفع الدعوى يطلب تعويضه عن هذا الضرر وحدد مبلغ التعويض على أساس أن الطاعن قام بطبع الكتاب أربع مرات وأن الطبعة الواحدة مكونة من ثلاث آلاف نسخة وأن ربحه من النسخة الواحدة لا يقل عن ٣ ج.م و٣٠٠ م. ولدى نظر الدعوى أمام المحكمة الابتدائية وجه الطاعن دعوى ضمان إلى ورثة المرحوم م. ت (المطعون عليهم من الثانى إلى الأخير) وطلب الحكم عليهم بأن يدفعوا له من تركة مورثهم المذكور ما عسى أن يحكم به عليه لصالح المدعى (المطعون عليه الأول) وذلك تأسيساً على أن مورثهم قد باع إليه بعقد تاريخ ٢٣ من فبراير سنة ١٩٤٦ الكليشيهات التى طبع عليها كتابه المدعى بحصول التقليد فيه وضمن فى هذا العقد كل تعرض له من الغير في استعمال تلك الكليشيهات - ودفع الطاعن دعوى المطعون ضده الأول: أولا - بسقوط الحق فى اقامتها بالتقادم تأسيساً على القول بأنه بفرض أن لمدعيها حق المؤلف على كتابه فإن هذا الحق قد سقط بمضى أكثر من خمس عشرة سنة بين اصداره هذا الكتاب فى سنة ١٩٣٠ وبين اصدار الطاعن كتابه فى سنة ١٩٤٨ وأنه لا يجوز تطبيق أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن تحديد مدة حماية حق المؤلف لصدوره بعد تاريخ حدوث الواقعة المسببة للتعويض المطالب به، ثانيا- بعدم قبول الدعوى تأسيساً على القول بأن حماية الملكية الأدبية لا تكون إلا للمؤلف والمدعى لا يصدق عليه هذا الوصف وبالتالى فلا تكون له صفة فى رفع الدعوى المستندة إلى هذه الحماية. وتحصل دفاع الطاعن فى موضوع الدعوى الأصلية فى أن الكتاب المدعى بتقليده هو من الكتب القديمة التي أصبحت ملكا للمجتمع والمباح طبعها ونشرها وأن المرحوم م. ت الذى باعه الأكليشيهات قام بطبع كتاب المطعون ضده ونشر فى سنة ١٩٣٤ وعلم الأخير بذلك فى حينه ولم يحرك ساكنا، وأضاف الطاعن أن كل ما طبعه من الكتاب هو خمسمائة نسخة لا يعدو صافى ربحه منها مبلغ ٣١١ ج. وبتاريخ ١٦ من مايو سنة ١٩٥٧ حكمت المحكمة الابتدائية: أولا - فى موضوع الدعوى الأصلية برفض الدفع بسقوط الحق فى المطالبة والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة وبالزام المدعى عليه (الطاعن) بأن يدفع للمدعى (المطعون ضده الأول) مبلغ أربعمائة جنيه على سبيل

التعويض. ثانيا - فى موضوع دعوى الضمان برفضها . استأنف الطرفان هذا الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة وطلب المطعون ضده الأول فى استئنافه الذى قيد برقم ٣٦٤ سنة ٧٤ ق إلغاء الحكم المستأنف والحكم أصليا بسقوط حق المستأنف عليه الأول (المطعون عليه الأول) لمضى المدة القانونية المسقطة للحق وبعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة وفى موضوع الاستئناف برفضه واحتياطيا الحكم فى دعوى الضمان بالزام المستأنف عليهم عدا الأول(المطعون عليهم من الثانى للأخيرة) بأن يدفعوا له ما عسى أن يحكم به عليه للطاعن. وبعد أن ضمت المحكمة الاستئنافين حكمت فيهما بتاريخ ١٨ من نوفمبر سنة ١٩٥٨ بقبولها شكلا وبرفض الدفعين بسقوط الحق فى طلب التعويض وبعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة وفى الموضوع بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض دعوى الضمان - فطعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض.

وحيث أن الطعن بنى على أربعة أسباب ينعى الطاعن فى أولها على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون، وفى بيان ذلك يقول إن «صحيح مسلم» ليس إلا مجموعة من الأحاديث النبوية الشريفة قام بجمعها وتحقيق أسانيدها الإمام مسلم منذ مئات السنين وتولى شرح هذه المجموعة الإمام النووى منذ أكثر من مائة عام، ومن ثم فلا يمكن أن يكون للمطعون ضده الأول حق المؤلف لا بالنسبة لصحيح مسلم ولا بالنسبة لشرح النووى، ذلك أن وصف المؤلف لا يصدق قانونا إلا على من قام بمجهود ذهنى يتسم بطابع الابتكار ومجهود المطعون ضده فى اخراج كتابه المدعى بتقليده لا يعدو أن يكون مجهوداً مادياً إذ اقتصر على ما قال هو فى عريضة دعواه - على استعمال ورق جيد وحروف استوردها من الخارج فى طبع الكتاب ولم يكن له فضل ابتكار هذه الحروف أو التفنن فى تصميمها وإنما انحصر عمله فى جمعها وتنسيقها بواسطة عمال فنيين، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون حيث اعتبره مؤلفاً وأسبغ عليه الحماية المقررة لحقوق المؤلفين ولا يشفع للحكم ما قاله من أن المطعون ضده قام بتصحيح الكتاب على نسخته الأصلية وأنه صدره بترجمة للإمام مسلم أو للإمام النووى ووضع له فهرساً من صنعه، ذلك أن التصحيح والتنقيح وتحقيق الكتب القديمة ومطابقتها على أصولها كل هذه الأعمال لا تعتبر من قبيل التأليف الجديد بالحماية لأنها لا تتسم بالطابع الشخصى لمن قام بها ولا تتميز بطابع الابتكار، كما أن التصحيح من عمل الطابع، وهو عمل مادى لا يستلزم مجهودا ذهنياً، أما عن تصدير الكتاب بترجمة للإمامين مسلم والنووى فإن المطعون ضده لم يدع أنه ألف هذه الترجمة بل قال أنه نقلها عن تذكرة الحفاظ وغيرها فعمله فى وضع هذه المقدمة لا يعدو دائرة التجميع وهو لا يندرج في أعمال المؤلف إلا إذا داخله التفنن فى النقل عن كتب الغير أو ترتيبها على نحو خاص يكسوها جدة وهو الأمر المنتفى فى المقدمة التى صدر بها المطعون ضده الأول كتابه، كما وأن وضع الفهرس يدخل فى

عمل الطابع ولا يمكن أن يوصف بأنه ابتكار لأن الفهرس لايضيف جديداً إلي المصنف، وأن وضع فهارس للكتب الدينية ليس فكرة مبتكرة اهتدى إليها المطعون ضده لأنها موجودة فى كل الكتب الدينية القديمة وانتهى الطاعن إلي أنه لما كان الحكم المطعون فيه لم يثبت أن المطعون ضده الأول قد ابتكر شيئا جديدا فى عالم الفكر أو قام بتعديل أو أضاف إلى طبعته اضافات ذات قيمة علمية فإنه ليس ثمة ما يبرر قانونا اضفاء الحماية المقررة لحق المؤلف عليه والحكم له بالتعويض.

وحيث إنه ورد بأسباب الحكم الابتدائى التى أحال إليها الحكم المطعون فيه بصدد ما يثيره الطاعن في هذا السبب ما يلي: وبما أنه متى تقررت حماية حق المؤلف حتي قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ تعين البحث في نطاق هذا الحق وهل يمتد فيشمل المجهود الذى بذله المدعى (المطعون ضده الأول) في صدد كتاب صحيح الإمام مسلم بشرح النووي. وبما أن الفقه والقضاء قد وسعا في نطاق حماية حق المؤلف حتى لقد شمل كل صور الابتكار مهما ضؤلت فإعادة طبع الكتب القديمة تخول حق الملكية الأدبية فى الطبعة الحديثة متى كانت مختلفة عن القديمة فى الترتيب الذى ينم عن المجهود الخاص، وبعد أن أورد الحكم آراء الشراح وأحكام المحاكم ذكر أن القانون رقم ٣٥٤ سنة ١٩٥٤ صدر متضمنا المبادئ التى استقر عليها الفقه والقضاء قبل صدوره ومنظما لها وأشار الحكم إلى ما تضمنته المادة الرابعة من هذا القانون ثم قال «وبما أن المحكمة تستلهم هذه المبادئ جميعها التي سادت قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ والنص التشريعى الذى أورده هذا القانون للقول بأن ما قام به المدعى من مجهود ملحوظ فى شأن كتاب صحيح مسلم بشرح النووى من حيث ترتيبه ترتيبا خاصا لم يسبق إليه وتقديمه بتراجم للإمام مسلم والإمام النووى التى استقاها على ما هو ثابت فى عنوانها، من كتاب تهذيب الأسماء والمؤلفات وتذكرة الحفاظ ثم تصحيح ومراجعته بمعرفة علماء مختصين ثم وضع فهرس منظم له وطبعه بأحرف ممتازة لم يثبت للمحكمة وجود عهد لها من قبل فى مثل هذه الكتب الدينية، كل ذلك يعتبر من قبيل الابتكار والمجهود الشخصى الذى بذله المدعى ليخرج للناس كتاباً تسهل قراءته ويرتاح إليه النظر، فإذا اعتدى معتد على هذا الكتاب بوضعه المشار إليه وصور صفحاته على نحو ما فعل المدعى عليه بالزنكوغراف وطبع عليه مصنفاً نسبه إلى نفسه فإن هذا الفعل يندرج ولا شك تحت الصور التى تستأهل تدخل القانون لحماية واضع المصنف فى صورته المعتدى عليها، إذ أن المصنفات التى يحميها المشرع غير مقصورة على المصنفات الأصلية بل تشمل «كافة صور اعادة اظهار المصنفات الموجودة فى شكل جديد، وهذا الذى قرره الحكم من أن المطعون ضده الأول له حق المؤلف على كتابه لا مخالفة فيه للقانون، ذلك أنه وإن كان الأصل أن مجموعات المصنفات القديمة التى آلت إلى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها إذا أعيد طبعها ونشرها لا يكون لصاحب الطبعة الجديدة حق المؤلف عليها، إلا إذا تميزت هذه الطبعة عن الطبعة الأصلية المنقولة عنها بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب فى التنسيق أو بأى مجهود آخر ذهنى يتسم

بالطابع الشخصى فإن صاحب الطبعة الجديدة يكون له عليها حق المؤلف، ويتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق، إذ لا يلزم لإضفاء هذه الحماية أن يكون المصنف من تأليف صاحبه وإنما يكفى أن يكون عمل واضعه حديثاً فى نوعه ومتميزاً بطابع شخصى خاص بما يضفى عليه وصف الابتكار وهذه القواعد التى قررها الفقه والقضاء من قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف قد قننها هذا القانون بما نص عليه فى المادة الرابعة من أنه ولا تشمل الحماية (أولا) المجموعات التى تنتظم مصنفات عدة كمختارات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من المجموعات وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل صنف (ثانيا) مجموعات المصنفات التى آلت إلى الملك العام (ثالثا) مجموعات الوثائق الرسمية – ومع ذلك تتمتع المجموعات سالفة الذكر بالحماية إذا كانت متميزة بسبب يرجع إلى الابتكار والترتيب أو أى مجهود شخصى آخر يستحق الحماية» – لما كان ما تقدم وكان ما سجلته محكمة الموضوع بحكمها المطعون فيه – وفى حدود سلطتها التقديرية – من أن المطعون ضده الأول مهد لكتابه بمقدمة بقلمه تتضمن تراجم للإمام مسلم والإمام النووى استقى عناصرها من أمهات الكتب القديمة ولم يكن لها نظير فى الطبعة الأصلية التى نقل عنها وأن كتاب المطعون ضده الأول يتميز عن هذه الطبعة بترتيب خاص فريد فى نوعه وبفهرس منظم وأنه أدخل على الطبعة الأصلية تنقيحات أجراها أحد العلماء المختصين، هذا الذى سجلته المحكمة تتوافر به عناصر الابتكار الذى يتسم بالطابع الشخصي لصاحبه فإنه لا يكون على محكمة الموضوع بعد ذلك معقب فيما انتهت إليها من اعتبار المطعون ضده مستأهلا للحماية المقررة لحق المؤلف ويكون النعى على حكمها فى هذا الخصوص على غير أساس.

وحيث أن مبنى السبب الثالث والوجه الأول من السبب الرابع أن الحكم المطعون فيه أخطأ فى تفسير القانون وتطبيقه وشابه قصور فى التسبيب ذلك أن الطعن دفع أمام محكمة الموضوع بسقوط حق المطعون ضده الأول بالتقادم وأقام هذا الدفع على أساسين (الأساس الأول) أن المطعون ضده المذكور طبع كتابه ونشره فى سنة ١٩٣٠ ثم قام بعده المرحوم م. ت بطبع نفس الكتاب وبذات كليشاته فى سنة ١٩٣٤ دون أن يعترض المطعون ضده على ذلك، وقد اشترى الطاعن هذه الكليشهات من م. ت فى سنة ١٩٤٦ وطبع بها الكتاب ونشر طبعته فى سنة ١٩٤٧ وأنه كان له بصفته خلفاً خاصاً للبائع أن يتمسك بما كان يجوز للأخير أن يتمسك به من الدفوع قبل المطعون ضده وكان لسلفه لو أنه هو الذى أصدر الكتاب بدلا من الطاعن في سنة ١٩٤٧ أن يتمسك قبل المطعون بسقوط حقه فى الاعتراض على استخدام تلك الأكليشيهات فى اخراج هذه الطبعة الجديدة وذلك لسكوته عن الاعتراض مدة تزيد علي خمس عشرة سنة بعد اصدار م. ت طبعته فى سنة ١٩٣٤ فإن للطاعن أن يتمسك بسقوط حق المطعون ضده بالتقادم على الأساس المتقدم الذكر (الأساس الثانى)

أن الواقعة المسببة للتعويض الذي طالب به المطعون ضده حدثت قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ وبالتالي فلا تنطبق أحكامه عليها وإنما يحكمها نصوص القانون المدني القديم ومن بينها نص المادة ٢٠٨ التي كانت تقضي بزوال جميع التعهدات والديون بمضي مدة خمسة عشرة عاماً وهذا التقادم المسقط يصلح سبباً لزوال جميع الحقوق الشخصية والعينية ما عدا حق الملكية، وإذ كان من المقرر أن حق المؤلف يسقط كغيره من الحقوق بعدم استعماله مدة خمس عشر عاما، ولما كان المطعون ضده الأول أخرج طبعته في سنة ١٩٣٠ واعتزل العمل في ميدان الطباعة في سنة ١٩٥٥ - ويقول الطاعن إن محكمة الاستئناف قضت برفض الدفع تأسيساً على ما قالته من أن مدة التقادم لا تسري إلا من تاريخ الاعتداء على حق المؤلف وأن الحق الأدبي للمؤلف لا يسقط بمضي المدة، وبذلك تكون المحكمة قد حدت عن مقطع النزاع كما أغفلت الرد على الأساس الأول الذي بني عليه دفعه - ذلك أنه لا علاقة للنزاع الماثل بالحق الأدبي للمؤلف كما أنه ليس فيما ذكرته المحكمة ما يحمل الرد على الأساس المذكور، ويضيف الطاعن أنه حتى لو صح ما ذهبت إليه المحكمة من أن بداية التقادم تكون من تاريخ الاعتداء على حق المؤلف فإن هذا الاعتداء قد حدث في سنة ١٩٣٤ بمعرفة المرحوم م. ت الذي يعتبر الطاعن خلفاً خاصاً له، وبذلك فإن حق المطعون ضده الأول في الاعتراض قد سقط على كل حال بمضي أكثر من خمس عشرة سنة من هذا التاريخ حتى رفع الدعوى الحالية.

وحيث إنه وإن لم يوجد نص قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يحدد مدة حماية حق الاستغلال المالي المقرر للمؤلف إلا أن هذا الرأي كان مستقرا على أن هذه الحماية تظل للمؤلف طيلة حياته على الأقل، وكان عماد هذا الرأي ما أجمعت عليه التشريعات الأجنبية والاتفاقات الدولية من اضفاء الحماية المقررة لحقوق المؤلفين طوال حياة المؤلف ولمدة معينة بعد وفاته، وقد انحصر الخلاف في رأي قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ على تحديد المدة التي تستمر فيها الحماية بعد وفاة المؤلف وذلك لأن تلك التشريعات الأجنبية والاتفاقات الدولية قد اختلفت في تحديد هذه المدة، ولما كان المطعون ضده قد رفع الدعوى أثناء حياته طالباً تعويضه عن اعتداء الطاعن على حقه في استغلال مصنفه ماليا فإن حقه في رفع هذه الدعوى يكون ثابتا وقائما بلا جدال. ولا يقدح في ذلك ما يقوله الطاعن من أن المطعون ضده المذكور لم ينشط إلى استعمال حقه عندما أصدر المرحوم م. ت طبعته في سنة ١٩٣٤ وأنه ظل ساكتا على هذا الاعتداء مدة تزيد على خمس عشرة سنة قبل أن يرفع دعواه الحالية مما يسقط حقه في رفعها بالتقادم باعتبار أن الطاعن خلف لـ م.ت يملك التمسك بالتقادم الذي كان لسلفه أن يتمسك به - هذا القول لا يقدح في صحة النظر السابق، ذلك أن حق استغلال المصنف ماليا هو للمؤلف وحده ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو ممن يخلفه، وللمؤلف وحده أن

ينقل إلى الغير الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له كلها أو بعضها وأن يحدد فى هذه الحالة مدة استغلال الغير لما تلقاه منه من هذه الحقوق، ومقتضى ذلك أن المؤلف حر فى أن يجيز لمن يشاء نشر مؤلفه وأن يمنعه عمن يشاء وفى أن يسكت على الاعتداء على حقه إذا وقع من شخص ولا يسكت عليه إذا تكرر من نفس المعتدى أو وقع من غيره وذلك دون أن يعتبر سكوته فى المرة الأولي مانعاً له من مباشرة حقه فى دفع الاعتداء فى المرة الثانية مادام هذا الحق قائماً له ولم ينقض - ولا محل لتمسك الطاعن فى هذا الخصوص بأنه خلف خاص لـ م.ت إذ ليس من شأن هذه الخلافة أن تنقل إليه حقاً خاصاً بالمطعون ضده الأول وحده ليس لغيره أن يتصرف فيه، وذلك اللهم إلا إذا كان هذا المطعون ضده قد نقل حقه فى الاستغلال لـ م.ت وأذن له بالتصرف فيه إلى الغير وهو ما لم يدعه الطاعن أو يقدم الدليل عليه.

لما كان ما تقدم، فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى رفض الدفع بالتقادم يكون للأسباب المتقدمة الذكر قد انتهى إلى نتيجة موافقة للقانون ولا يؤثر على سلامته بعد ذلك ما ورد فى أسبابه فى هذا الخصوص من تقريرات قانونية غير صحيحة إذ لمحكمة النقض أن تصحح هذا الخطأ بغير أن تنقض الحكم. كذلك فإن النعى عليه بالقصور لإغفاله الرد على الأساس الأول الذى بنى عليه الطاعن دفعه بسقوط الحق - والذى تضمنته صحيفة استئنافه - هذا النعى يكون غير منتج.

الفصل الثالث

مصادر الحـــــق

١١٣- الحق سلطة يخولها القانون للشخص على قيمة معينة. هذا الحق هل هو ميزة مكتسبة، أى تطرأ على الشخص أثناء حياته فتغير من حالته الشخصية أو المالية، أم أنها تلحق به منذ وجوده؟

يتضح من العرض السابق[1] لأنواع الحقوق أن منها ما يتمتع به الفرد استنادا إلى صفة دائمة فيه لا تتغير، تلازمه منذ ولادته، كصفة الإنسانية وانتمائه إلى دولة معينة[2]. أو ارتباطه برابطة القرابة بأفراد أسرته.. وهذه الحقوق هى الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، والحقوق السياسية، وحقوق الأقارب. ويعتبر القانون مصدراً مباشراً لهذه الحقوق حيث يتمتع بها الفرد بمجرد توافر الصفة مناط اكتساب الحق بغير حاجة إلى توافر سبب خاص اضافي لاكتسابها. فهى حقوق دائمة وليست طارئة. فكل فرد منذ ولادته يتمتع بالصفة الإنسانية، وينتمى إلى دولة معينة، وينتمى بالقرابة لأفراد أسرة بذاتها.

ومن الحقوق - الحقوق الأخرى عدا الأنواع السابقة - ما يطرأ أثناء حياة الشخص، أى يكتسبها الفرد بتغيير صورة حالته الشخصية أو المالية، وهنا يثور السؤال عن كيفية حدوث هذا التغيير؟

---

(١) راجع الفصل الثانى من هذا المؤلف.

(٢) نقول إن الانتماء إلى دولة معينة أو الارتباط بصلة القرابة هى صفات دائمة استنادا إلى الوضع الغالب.

لو تصورنا توقف حركة النشاط القانوني بين الأفراد للحظة معينة، ثم نظرنا إلى صورة الأوضاع القائمة بينهم في وضع ثابت لا يتغير لوجدنا أن بعضهم يتمتع بحقوق معينة، كحقوق الرابطة الزوجية والحقوق العينية، والحقوق الشخصية، وأن البعض قد لا يتمتع ببعض أو بكل هذه الحقوق. ولكى تتغير هذه الصورة بحيث يصبح غير المالك مالكا مثلا، ولكى تنشأ رابطة دائنية بين شخصين لم تكن تربطهما هذه العلاقة من قبل، ولكى يصبح زيد متمتعا بحقوق الرابطة الزوجية، لابد أن يطرأ سبب خاص فيحدث في العلاقات القائمة هذا التغيير. هذا السبب هو ما نسميه مصدر الحق ويقسمه الفقه إلى نوعين: العمل القانوني والواقعة القانونية.

المبحث الأول

العمل القانوني[1]

١١٤- يمكن تعريف العمل القانوني بأنه عمل إرادي يتجه إلى احداث آثار قانونية معينة تؤدي إلى تغيير في الأوضاع القانونية القائمة.

وقد يكون العمل الإرادي من جانب واحد، كما هو الحال في الوصية والوعد بجائزة. وقد يكون العمل الإرادى من جانبين أو أكثر، كما هو الحال في العقود عموما، كعقود البيع والايجار والمقايضة والهبة... الخ.

---

(١) نفضل استخدام لفظ العمل القانوني تعبيرا عن الأعمال الإرادية - بالمقابلة مع الوقائع القانونية - وذلك لأن من أقسام الأعمال القانونية ما يوصف بأنه تصرف ومنها ما يوصف بأنه عمل. فهناك: التصرف بالمعنى الفني يقابله أعمال الإدارة وأعمال الحفظ، وهناك العمل المنشئ والعمل الكاشف... الخ. وبالتالي فإن تعبير العمل القانوني أكثر تعبيراً عن تعدد الأعمال القانونية من حيث الاستخدام المناسب للألفاظ.

ويلاحظ أن جوهر العمل القانونى هو الإرادة التى يستند إليها، ولذلك فإن شروط وجود العمل القانونى الأساسية تتعلق بوجود هذه الإرادة، وسلامتها من العيوب. كما أن الإرادة هى التى تنظم وتحدد الآثار التى تترتب عليه. فلابد من وجود الإرادة أصلا على النحو المعتبر قانوناً، ولا فرق فى ذلك بين العمل الذى يكسب الإنسان حقاً، والعمل الذى يحمله بالتزام. وبالتالى فحيث لا يعترف القانون للشخص بإرادة يعتد بها قانوناً فإن هذا الشخص لا يستطيع أن يجرى أى تصرف من أى نوع كان. وهو ما يتحقق مثلا بالنسبة للمجنون والمعتوه والطفل غير المميز (الذى لم يبلغ سن السابعة).

وإذا توافرت الإرادة، تعين التعبير عنها صراحة أو ضمنا.

ويترتب على ضرورة الإرادة، كأساس للعمل القانونى، ضرورة أن تكون هذه الإرادة - كما سبقت الإشارة - سليمة خالية من العيوب، وهى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال(١).

---

(١) إذا تحقق أحد هذه العيوب كان العقد باطلا بطلانا نسبيا أى قابلا للبطلان لمصلحة من تقرر البطلان لحمايته.

كما يتطلب القانون فضلا عن توافر التراضى وفق إرادة سليمة خالية من العيوب أن يرد العمل القانونى على محل موجود (إذا كان شيئا) أو قابلا، على الأقل، للوجود مستقبلا (راجع مواد ١٢١ مدنى ومابعدها) إلا إذا منع القانون التعامل فى الأشياء المستقبلة (كمنع رهن المال المستقبل م ١/١٠٣٣ و١٠٩٨ مدنى ومنع التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة (التركة المستقبلة م ٢/١٣١ مدنى)، أو أن يكون ممكنا (غير مستحيل) م ١٣٢ مدنى إذا كان محل العمل القانونى عملا أو امتناعا عن عمل، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين، م ١٣٣ و١٣٤ مدنى، وأن يكون قابلا للتعامل فيه، ويكون الشئ غير قابل للتعامل فيه إذا كان ذلك بطبيعته كالشمس والهواء حيث يستحيل التعامل فيهما، وقد يكون كذلك بحكم الغرض الذى خصص له كالمال العام والمال الموقوف، وفى حدود حماية هذا=

فيجوز للمتعاقد أن يطلب ابطال العقد إذا وقع فى غلط جوهرى[1] ويعتبر الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط[2].

- كما يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد[3] ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

- كما نصت المادة ١٢٧ مدنى على أنه «يجوز ابطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى

= التعامل، إما بسبب نص مانع، كتحريم التعامل فى المخدرات، وإما بسبب المخالفة للنظام العام والآداب العامة، وهو أمر معيارى يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة. ومن الأمثلة التى يمكن تقديمها فى هذا الشأن الاتفاقات التي تتضمن الاعتداء على الحريات العامة، كحرية الاقامة وحرية الزواج، وسلامة الجسد، والحرية الدينية، وحرية العمل... الخ. فأى اتفاق يمنع ممارسة إحدى هذه الحريات يعد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام (راجع: السنهورى، الوسيط، مصادر الالتزام ١٩٥٢، رقم ٢٢٧ ومابعدها، ص ٣٩٧ ومابعدها). وبالاضافة للمحل يجب أن يكون للعمل القانونى سببا، وأن يكون هذا السبب غير مخالف للنظام العام والآداب العامة م ١٣٦ مدنى، والمقصود بالسبب هو «الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق بين التبرعات والمعاوضات»:
الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - ٢-٢٢٧.

(١) م ١٢٠ مدنى.
(٢) م ١٢١ مدنى.
(٣) م ١٢٥ مدنى.

النفس أو الجسم أو الشرف أو المال - ويراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الاكراه.

- وأخيراً يجوز طلب ابطال العقد للاستغلال: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه، وكان هذا المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد»[1].

المطلب الأول

مبدأ الرضائية فى الأعمال القانونية

١١٥- تقوم الأعمال القانونية أساسا على مبدأ الرضائية، بمعنى أن وجود الإرادة، خالية من العيوب، يكفي فى ذاته لإحداث الأثر القانونى المقصود. وينتهى العمل القانونى عادة إلى الحد من حرية نشاط الشخص أو إلى الحد من ثروته[2]، لذلك لابد من أن يتوافر الرضاء الصحيح على النحو السابق الاشارة إليه. ومفاد الرضائية أيضا أن التصرف القانونى لا يتعين بالضرورة أن

---

(١) م ١٢٩ مدنى.

(٢) يلاحظ بالاضافة إلى ما ورد فى الهوامش السابقة أن هناك مجموعة مبادئ عامة تحد من حرية التراضى فى الأعمال القانونية أهمها:

- أنه فى نطاق الالتزامات لا يجوز أن يكون الالتزام مؤبدا.
- أن الإنسان لا يستطيع أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك (فاقد الشئ لا يعطيه).
- أنه لا تجوز الوصية بما يجاوز ثلث التركة.

يكون مكتوبا، أو أن يصب فى قالب شكلى معين.

غير أن عدم تطلب شكلية معينة قد يؤدى إلى بعض المساوئ من نواح متعددة، لذلك يتدخل القانون للحد أحياناً من الرضائية ومن مساوئها:

- فالرضائية المطلقة تضر بمصالح المتعاقدين، حيث أنها لا تكفى لاشعار الأطراف بخطورة بعض التصرفات التى يجرونها، لذلك بدت الحاجة فى بعض الحالات، لفرض شكلية معينة تضاف إلى مجرد التراضى. وهو ما نجده فى عقد الهبة، فلابد أن تصب هبة العقارات مثلاً فى ورقة رسمية[1]. وبغير اتباع هذه الشكلية لا تتم الهبة قانونا[2]، بمعنى أن الهبة لا تتم بمجرد التراضى بين الواهب والموهوب له.

- ان الرضائية تعنى أنه لا يلزم كتابة العمل القانونى، ومع ذلك فمن مصلحة الأطراف تحرير مستند كتابى لتسهيل الاثبات حال قيام نزاع بينهم. وبالتالى فمن لا يحمل مستنداً مكتوباً يخاطر، عملا، بفقدان حقه الناشئ عن التصرف، بسبب صعوبة الاثبات، خاصة وأن القانون يتطلب تقديم دليل كتابى لاثبات التصرفات التى تزيد قيمتها عن ٥٠٠ جنيه، أو لاثبات ما يخالف

---

(١) يحررها موظف مختص بالشهر العقارى، وفى نطاق الأحوال الشخصية يعد عقد الزواج عقدا شكليا، إذ يتعين ابرامه فى وثيقة رسمية مكتوبة يتولاها مكلف بخدمة عامة هو المأذون.

(٢) كذلك الحال فى عقد الرهن، كما يلاحظ أن الشكلية قد تتخذ أسلوب التسليم (العقد العينى)، وهبة المنقول قد تكون عقداً رسمياً إذا تم ابرامها فى صورة عقد رسمى، وقد تكون عقداً عينياً وذلك إذا تمت بالقبض (م ٤٨٨ مدنى) راجع: السنهورى، الوسيط، مصادر الالتزام ١٩٥٢، رقم ٤٧ ومابعدها، ص ١٥٠ ومابعدها، كما يلاحظ أن شكلية الانعقاد قد تتمثل فى مجرد الكتابة العرفية، كما هو الحال فى عقد الشركة والأوراق التجارية والتصرف فى حقوق الاستغلال المالى للمؤلفات.

الثابت بالكتابة أو يجاوزه (أيا كانت قيمة التصرف).

- تترتب على بعض الأعمال القانونية آثار فى مواجهة غير أطرافها، بحيث يكون من المصلحة اعلامهم بها حتى تنفذ فى حقهم[١]. لذلك يفرض القانون إجراء الشهر بالنسبة لهذا النوع من التصرفات. ومن الناحية المادية والعملية لا يتصور أن يشهر العقد إلا إذا تم تحريره فى مستند مكتوب، موقع من أطرافه.

- ان بعض الأعمال تتم بمجرد التراضى ومع ذلك فإن أثراً هاماً من آثارها لا يتم إلا بالتسجيل فى الشهر العقارى. ويتحقق هذا الأمر فى عقود البيوع العقارية، فعقد بيع العقار يتم بالتراضى، وينشئ على عاتق طرفيه التزامات شخصية متبادلة، ولكن الملكية العقارية لا تنتقل إلى المشترى إلا باتخاذ إجراء لاحق، وهو التسجيل، وهو ما ينتهى إلى ضرورة كتابة العقد فى نهاية المطاف، لتحقيق أهم أثر، مقصود من العقد، وهو نقل الملكية.

- ان كتابة العمل القانونى تصبح ضرورة فى بعض الحالات لأسباب تتعلق بمالية الدولة، ففى بعض الفروض يتطلب القانون أن يحرر العمل القانونى على نموذج يحمل طابع دمغة من فئة مالية محددة. وفى هذه الحالة لا تخل عدم الكتابة بوجود التصرف، فالتصرف قائم صحيح رغم عدم كتابته، ولكن أطرافه قد يتعرضون لدفع غرامة مالية كبيرة.

- ان المشرع قد يفرض اثبات العمل القانونى كتابة، حماية لأحد طرفى العلاقة، تقديرا من المشرع لضعف هذا الطرف فى مواجهة الطرف الآخر. ومن

---

(١) فالرهن الرسمى، مثلا، ينعقد صحيحاً بين طرفيه، ولكن الدائن المرتهن لا يكتسب أولوية فى مواجهة الغير إلا من تاريخ القيد فى الشهر العقارى.

هذا القبيل ما نصت عليه المادة ٢٤ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧[(١)] من ضرورة كتابة عقد الايجار، مع أنه يجوز للمستأجر اثبات العقد بكافة طرق الاثبات (م٢٤/٣) . وتصدق ذات الملاحظة على ما جاء فى المادة ٣٠ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، من وجوب أن يكون عقد العمل ثابتا بالكتابة - حماية للعامل - وأنه إذا لم يوجد عقد مكتوب جاز للعامل وحده اثبات حقوقه بجميع الطرق.

- ان كتابة العمل أو التصرف القانونى قد تصبح لازمة، عملا، تحقيقاً لمقتضيات رقابة الجهات الإدارية على تلك الأعمال. ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٢ من قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧) من أنه على المؤجر أن يطلب قيد عقود الايجار المفروش التى تبرم تطبيقا لأحكام المادتين ٣٩، ٤٠ لدى الوحدة المحلية المختصة، وتلزم هذه الجهة باخطار مصلحة الضرائب شهريا بما يتجمع لديها من بيانات فى هذا الشأن»[(٢)].

وإذا لم يلتزم المؤجر بهذا النص فإنه يخاطر بضياع حقوقه حيث تنص المادة ٤٣ من القانون المذكور على عدم سماع دعوى المؤجر أو قبول الطلبات المقدمة منه إذا كانت العقود المبرمة غير مقيدة على الوجه الوارد فى المادة ٤٢. وهو ما ينتهى عملا إلى ضرورة كتابة العقد وضرورة الاخطار عنه.

- ونلاحظ أخيرا أنه فى الأمثلة السابقة فإن العمل القانونى لا يعد عملا

---

(١) قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

(٢) مع ملاحظة ما قضت به المحكمة الدستورية العليا من عدم دستورية المادة ٤٠ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧.

شكليا إلا إذا كان القانون يتطلب الكتابة لانعقاده، أى لقيامه أصلا، وهو ما لا وجود له إلا فى الهبة (ورقة رسمية) وبعض الفروض القليلة الأخرى كعقد الشركة، وعقد التصرف فى حقوق الاستغلال المالى للمؤلف (أوراق عرفية). أما فى غير هذه الحالات فإن الكتابة لا تلزم إلا لاثبات التصرف، أو لحماية مصلحة أحد الطرفين، أو تفادى تعرضه لجزاء معين، على النحو السابق عرضه.

المطلب الثانى

تقسيم الأعمال القانونية

أولا: فكرة الأهلية وتقسيم الأعمال القانونية بحسب خطورتها:

١١٦- أشرنا، فيما سبق، إلى أن مناط العمل القانونى هو وجود الإرادة المعتبرة قانوناً. وحيث لا توجد الإرادة لا وجود للعمل القانونى، وحيث توجد ناقصة فإن القانون يرتب على نقصها جزاء محدداً. ويدور تنظيم هذا الارتباط بين وجود الإرادة وكمالها، وصحة العمل القانونى من عدمه، حول فكرة الأهلية.

فالأهلية هى إحدى عناصر الشخصية القانونية الرئيسية، وتنقسم إلى قسمين:

القسم الأول - أهلية الوجوب: وتعنى صلاحية الشخص أو قابليته لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام. والإنسان يكتسب الشخصية القانونية منذ تمام ولادته حياً، وهو بتمتعه بالشخصية القانونية يصبح صالحاً لاكتساب الحق أو للتحمل بالالتزام، أى أنه يكتسب أهلية الوجوب، منذ تلك اللحظة. ويعكس هذا المعنى أول، وأهم مظاهر الشخصية القانونية.

القسم الثانى - أهلية الأداء[١]: وتعنى قدرة الشخص أو صلاحيته، لمباشرة الأعمال القانونية التى تكسبه الحق أو تحمله بالالتزام. وتمام ولادة الإنسان، وما يصاحبها من اكتساب الشخصية القانونية، لا يؤدى فى ذاته إلى قدرة الشخص على مباشرة الأعمال القانونية (أهلية الأداء). فالعمل القانونى يستند أساساً، كما سبق القول، إلى الإرادة، لذلك يجب أن يتمتع القائم به بالادراك والتمييز اللازمين لحسن التصرف.

واستناداً إلى هذا المفهوم كان منطقياً أن توضع على قدرة الشخص، فى مباشرة الأعمال القانونية، حدود تجعل من الادراك والتمييز مناطاً للتمتع بأهلية الأداء أو الحرمان منها، كلها أو بعضها. وبالتالى، يتوقف تحديد مدى أهلية الشخص على قياس مدى تمييزه.

وقد اتخذ المشرع من السن الوسيلة الرئيسية لقياس التمييز، فافترض انعدام التمييز فى مرحلة معينة، ثم افترض اكتماله ببلوغ سن الواحد والعشرين. وتولى المشرع على ضوء هذا التقسيم بيان معنى الأعمال القانونية التى يجريها الشخص، من حيث صحتها أو بطلانها، فى كل مرحلة من مراحل السن، ووفقاً لدرجة خطورة العمل ومدى ما يلزم من تمييز لاتيانه.

---

(١) يلاحظ أن الحديث عن أهلية الأداء لا يبرز إلا بالنسبة للتصرفات القانونية، حيث أنها= = تستند إلى الإرادة فيجب أن تكون هذه الإرادة مدركة، مميزة، خالية من العيوب. أما الاعمال المادية فإن القانون يرتب عليها اثارها بغض النظر عن اتجاه الإرادة أو عدم اتجاهها إلى اتيان الفعل، أو إلى تقبل آثاره، ولكن ذلك لا يعنى أن التمييز لا يشترط اطلاقا بالنسبة للمسئولية عن الفعل المادى، ذلك أن الأصل أن هذا الفعل لا يرتب أثره فى ذمة الشخص إلا إذا كان مميزا، «يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز». ولم يخرج المشرع عن هذا الأصل إلا فى حالة صدور الفعل الضار عن شخص غير مميز ولم يكن هناك من يسأل عنه أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول، ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر (لا الشخص غير المميز) بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم (م ١٦٤ مدنى).

- **غير أن بلوغ الشخص لسن الرشد لا يعنى بالضرورة امتناع المساس بأهليته، فقد يصيبه عارض يعدم فيه الأهلية[١]، أو ينتقص منها[٢]. وقد يلحق بالشخص مانع يحول دون مباشرتها، والأهلية هنا كاملة ولكن مانعا يحول دون ممارسة مقتضياتها، فيعين للشخص وكيل (الغائب) أو قيم (المحكوم عليه بعقوبة الجناية)[٣]و[٤].**

- وقد قسم القانون **مراحل السن**، فى صدد أهلية الأداء، **إلى ثلاث مراحل: تبدأ الأولى** منذ تمام الولادة حتى بلوغ سن السابعة، وقد اعتبرها القانون مرحلة تنعدم فيها الإرادة والتمييز. **أما المرحلة الثانية** فتبدأ ببلوغ سن السابعة حتى سن الواحد والعشرين (سن الرشد). وقد قرر المشرع أن مكنة التمييز تبدأ مع بلوغ سن السابعة، وتتدرج فى النمو إلى أن تكتمل ببلوغ سن الرشد. وببلوغ سن الرشد (دون عوارض أو موانع) تبدأ مرحلة اكتمال الأهلية بغير قيود.

---

(١) كالجنون والعته (راجع مادة ١٤ مدنى)، وهما عارضان يعدما الإرادة والتمييز فيصبح المريض بواحد منهما عديم الأهلية، أى يأخذ حكم الصبى غير المميز (قبل بلوغ سن السابعة).

(٢) كالسفه والغفلة (راجع مادة ٤٦ و١١٥ و١١٦ مدنى و١٠٢٨ مرافعات. وهما عارضان ينتقصان من الإدراك والتمييز، ويصبح المصاب بواحد منهما ناقص الأهلية، وتأخذ تصرفاته حكم تصرفات الصبى المميز (من بلغ السابعة ولم يبلغ سن الرشد)، (مواد ٧٤ و٧٦ من قانون الولاية على المال).

(٣) كالغياب. أو الحكم بعقوبة الجناية (م ٢٥ من قانون العقوبات).

(٤) كما أن هناك حالات يعين فيها للشخص مساعد قضائى للاشتراك معه فى مباشرة التصرفات القانونية، وهما حالة الاصابة بعاهتين من ثلاث: الصمم والبكم والعمى، وحالة العجز الجسمانى الشديد (مواد ١١٧ مدنى و٧٠ من قانون الولاية على المال).

– وعلى ضوء قيام شخص، على قدر من التمييز، بتصرف على قدر معين من الخطورة تتحدد نظرة القانون، والجزاء الذى يرتبه.

– فقد يدمغ القانون العمل **بالبطلان المطلق**، بأن يعتبره مجرداً من كل أثر قانونى (كأن لم يكن). وهو الحال فى مرحلة انعدام التمييز (قبل بلوغ سن السابعة)[١]. يستوى فى ذلك أن يكون العمل نافعاً نفعاً بحتاً، أو ضاراً ضرراً بحتاً، أو دائراً بين النفع والضرر (على نحو التحديد الذى سيأتى ذكره)[٢]. فغير المميز لا يملك الإرادة، وهى جوهر العمل القانونى.

وقد يوصف العمل **بالبطلان النسبى**، بمعنى أن يتأرجح بين الصحة والبطلان. وهو الحال فى أعمال ناقص الأهلية، أى من بلغ سن السابعة[٣]، ولم يبلغ سن الرشد، وذلك إذا كانت تلك الأعمال دائرة بين النفع والضرر (كالبيع)[٤]، فقد توافر له قدر من الإرادة، وقدر من التمييز، ولكن كل منهما لم يكتمل. والعمل القانونى القابل للابطال يظل صحيحا إلى أن يحدث أحد أمرين: فإما أن يتمسك ببطلانه ناقص الأهلية، أو من ينوب عنه، وهنا ينعدم

---

(١) م ٤٥ مدنى.

(٢) راجع الفقرة التالية رقم ١١٧.

(٣) م٤٦ مدنى.

(٤) أما تصرفات ناقص الأهلية الضارة ضرراً محضاً فتقع باطلة بطلاناً مطلقاً، وتقع تصرفاته النافعة نفعاً بحتاً صحيحة صحة كاملة (م ١١١ مدنى).
غير أن هناك استثناءات تتقرر لناقص الأهلية: (ومن فى حكمه كالسفيه وذى الغفلة) فهو أهل للتصرف فيما يوضع تحت يده لأغراض نفقته (م ٦١ من قانون الولاية على المال) وله أن يبرم عقد العمل الفردى (م ٦٢ و٦٣ من قانون الولاية على المال) ويجوز أن تأذن له المحكمة فى تسلم أمواله وإدارتها (له سلطة الإدارة، وبقيود، دون التصرف) إذا بلغ السادسة عشرة من عمره (م ١١٢ مدنى)، كما يجوز أن تأذن له المحكمة بأن يشتغل بالتجارة (م ٥٧ من قانون الولاية على المال).

العمل بأثر رجعي، أي يعتبر كأن لم يكن منذ نشأته، وإما أن يجيزه من ينوب عن ناقص الأهلية، أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد (أو المحكمة)، فتتأكد صحته بصفة نهائية.

تقسيم الأعمال القانونية بحسب ما ينتج عنها من نفع أو ضرر:

١١٧- تقسم الأعمال القانونية من هذه الزاوية إلى **أعمال ضارة ضرراً محضاً وأعمال نافعة نفعاً بحتاً، وأعمال تدور بين النفع والضرر.**

أما **النوع الأول**، وهى الأعمال الضارة ضرراً محضاً، فهى تلك التى يترتب عليها افتقار الشخص بغير مقابل. ومثلها الواضح الهبة، فهى بالنسبة للواهب تعنى اخراج المال من ذمته بغير مقابل. **والنوع الثانى**، وهو الأعمال النافعة نفعاً بحتاً، فهى تلك التى تؤدى إلى اغتناء الشخص دون أن يدفع، أو يلتزم، بأى مقابل. ومثلها الواضح قبول الهبة بالنسبة للموهوب له.

أما **النوع الثالث**، فيتضمن الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وهى أعمال تحتمل الكسب والخسارة، أى تتضمن عنصرى الأخذ والعطاء. وفيها لا يتلقى القائم بالعمل نفعا بحتا، كما أنه فى ذات الوقت لا يضار ضرراً بحتاً. والأمثلة على هذا النوع من الأعمال القانونية كثيرة: عقود البيع: المقايضة، الشركة، الايجار.

والعبرة فى هذا التقسيم الأخير هى بأصل وضع التصرف، أى بحسب انتهائه إلى التبادل والمعاوضة، وذلك بغض النظر عن قدر التوازن فى الأداءات المتقابلة. فالبيع، مثلا، يعد تصرفا دائراً بين النفع والضرر، بغض النظر عن مدى تناسب الثمن مع قيمة الشئ المبيع، فهو على الوصف المذكور، حتى ولو

حصل البائع على ثمن يعادل ضعف قيمة الشئ المبيع الحقيقية، كما يظل الوصف كذلك لو تم البيع بثمن بخس.

ومفاد هذا القول أن حكم القانون على التصرف من حيث صحته وبطلانه يرتبط بأصل وصفه، بغض النظر عما ترتب عليه، من الناحية الفعلية، من قدر الكسب أو الخسارة، فى قليل أو كثير.

تقسيم الأعمال القانونية إلى أعمال حفظ، وأعمال تصرف، وأعمال إدارة:

أعمال الحفظ:

١١٨- تعرف أعمال الحفظ بأنها الأعمال اللازمة للمحافظة على الذمة المالية أو أحد عناصرها.

وتقتضى هذه الأعمال، عادة، القليل من النفقات بالنسبة لقيمة المال الذى تستهدف المحافظة عليه(١).

ونظراً للفائدة التى تعود من وراء هذه التصرفات فإن القانون يتوسع فى السماح بالقيام بها، حيث يستطيع أن يجريها ناقص الأهلية. كما تعد واجباً على عاتق كل من له سلطة إدارة أموال غيره، سواء بمقتضى القانون (الوصى، القيم..) أو بمقتضى الاتفاق (الوكيل).

كما يجوز ممارسة هذه الأعمال بالنسبة لصاحب الحق الاحتمالى، أو الحق

---

(١) راجع: كاربونيه، القانون المدنى، الجزء الأول ١٩٦٧، ص ٦٥٦، مارتى ورينو، الجزء الأول ١٩٧٢، رقم ١٥٤، ص ٢٨٠، ستارك، المقدمة، رقم ٣٦٩، ص ١٥١، موسوعة داللوز، الجزء الأول ١٩٥٠، تحت عنوان Act conservatoire، أحمد سلامة، نظرية الحق، ١٩٧٤، رقم ١٩٠، ص ٣٣٨.

المعلق على شرط، أو الحق المضاف إلى أجل، كما تجوز للدائن[١] فى محافظته على أموال مدينه، حتى لو كان حقه غير محقق الوجود أو غير حال الأداء، على النحو السابق.

ويمكن تقسيم أعمال الحفظ إلى قسمين: الأول يتضمن أعمال حفظ بطبيعتها أو أصلية، ويشمل الثانى أعمال حفظ بالتبعية.

أعمال الحفظ الأصلية:

ونذكر منها تطبيقات هامة هى:

١١٩- **الحجز التحفظى:** وهو إجراء يتخذه الدائن، دون أن يكون بيده السند التنفيذى (أو دون أن يقدمه) اللازم للحجز التنفيذى[٢]. والحجز التحفظى[٣] إجراء أقل خطورة، لذلك يدخل فى عداد أعمال الحفظ، فهو لا يؤدى إلى اجبار المدين على الدفع الفورى، بل يستهدف فقط تأمين الدائن وجعل حقه أكثر فعالية فى مواجهة المدين، إذا تقاعس هذا الأخير عن الوفاء بما هو مستحق فى ذمته.

وقد أخذ المشرع المصرى بقاعدة عامة تجيز الحجز التحفظى لأى دائن مع النص على حالات خصها بالذكر. فقد نصت المادة ٣١٦ من قانون المرافعات[٤]

---

(١) رغم أن الأصل أنه لا يجوز للدائن التدخل فى إدارة أموال مدينه.

(٢) الحجز التنفيذى يستهدف بيع أموال المدين بالمزاد وتحصيل حق الدائن من ثمنها.

(٣) راجع رسالة عن أعمال الحفظ عن بواتيبه ١٩٤١:
Pageaud, ua aspect de le Securité juridique, l'acte conservatoire comme acte necessair.

(٤) القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، وراجع رسالة باجو، السابقة، ص ١٨٠.

على أن للدائن أن يوقع الحجز التحفظى على منقولات مدينه فى الأحوال الآتية:

١- إذا كان حاملا لكمبيالة أو سند تحت الإذن، أو كان المدين تاجراً له توقيع على الكمبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة.

٢- فى كل حالة يخشى فيها فقد الدائن لضمان حقه(١).

- أعمال تستهدف المحافظة على حقوق مهددة بخطر معين، مثل الجرد(٢)، ووضع الأختام، وتعيين حارس قضائى.

- وفى صدد التصرفات يعتبر من أعمال الحفظ تسجيل التصرف حتى يتسنى انتقال الملكية قانوناً إلى المشترى.

- كما يعد من أعمال الحفظ قيد الرهن أو حق الامتياز أو حق الاختصاص، حفظاً لمرتبة الدائن فى مواجهة الدائنين الآخرين. ومثل هذه الإجراءات لا تمس بمركز المدين من الناحية القانونية(٣). كما يعد كذلك اعتراض الدائن على القسمة التى يكون مدينه طرفاً فيها.

---

(١) راجع: رمزى سيف: قواعد تنفيذ الأحكام والمحررات الموثقة، ١٩٦٨-١٩٦٩، رقم ٥٤٤ ومابعدها، ص ٥٤٥ وما بعدها.

(٢) راجع: نقض مدنى ٩ يوليو سنة ١٨٩٠ سيرى ١٨٩١-١-٤٣، عرائض ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيرى ١٩٢٨- ١- ١٣٩، باريس ٢٣ يناير سنة ١٩١٩ داللوز الدورى ١٩٢٠-٢- ١٠٢، وراجع تعليقات الأستاذ تسييه Tissier فى سيرى ١٩١٢ -٢- ١٨٥ وسيرى ١٩٢١-١-٢٤٥.

(٣) راجع: عرائض ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ سيرى ١٩٣٥-١-٢٥٣، وملاحظات الأستاذ سوليس Solus فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٥ ص ٢٨٦، ونقض مدنى ٤ أغسطس سنة ١٩١٣ سيرى ١٩٢٠-١-١٧٠، ومحكمة مونبيليه فى ٥ يناير سنة ١٩١١ سيرى ١٩١١-٢-١١٤.

- وفى القانون البحرى يعد من أعمال الحفظ ما يجيزه قانون التجارة البحرية للمرسل إليه (فى عقد نقل البضائع) من أن يطلب الكشف على البضائع وتقدير الخسائر قبل اخراج البضائع من السفينة، وذلك إذا وجدت شبهة تدل على تلف البضائع أو نقصها.

أعمال الحفظ بالتبعية:

١٢٠- وهى أعمال أكثر خطورة، نسبياً، من الأعمال السابقة، كما أنها لا تستهدف بالضرورة المحافظة على مال أو حق، ومع ذلك تعتبر أعمال حفظ ويطبق عليها ذات التنظيم القانونى الخاص بهذه الأعمال. ومن هذه الأعمال نخص بالذكر ما يلى:

- بعض الأعمال والتصرفات القانونية التى تعتبر تدخلا فى شئون الغير المالية، مثل قيام الدائن بالوفاء بقسط التأمين لمصلحة مدينه المؤمن على حياته، وذلك فى حالة ما إذا كان الدائن قد سبق وارتهن حق المؤمن عليه لدى شركة التأمين (رهن وثيقة التأمين).

كذلك الحال فى قيام المضرور فى حادث بالاخطار بوقوع الحادث (اعلان وقوع الخطر) إلى شركة التأمين، حفاظاً على حقوق مدينه (المسئول عن الحادث والمدين بالتعويض) قبل الشركة.

- يلاحظ أيضاً أن هناك بعض الأعمال القانونية التى تؤدى إلى آثار أوسع نطاقاً من أعمال الحفظ العادية ومع ذلك فإنها تعد أعمال حفظ بصفة عرضية. ومن هذا القبيل إجراء قطع التقادم، واختصام شخص أمام القضاء. فمثل هذه الإجراءات ترتب آثارا متعددة، غير أن من بين هذه الآثار المحافظة

على حق مهدد قانونا[١].

- كما يعد من أعمال الحفظ رفع بعض أنواع الدعاوى القضائية، مثل دعوى اثبات الحالة، دعوى ندب خبير، دعوى سماع شهادة شاهد يخشى فوات فرصة الاستماع إليه عند قيام النزاع مستقبلا[٢].

- كذلك الحال بالنسبة للتدخل الانضمامى فى دعوى قضائية قائمة، حيث يستهدف هذا التدخل، في بعض حالاته، المحافظة على حقوق الغير. ومن تطبيقاته ما أجازه القضاء الفرنسى من تدخل الدائن بحق معلق على شرط واقف (حق احتمالى) فى نزاع بين المدين والغير، لكى يراقب سير الدعوى، ويمد لمدينه يد المساعدة بقدر الامكان[٣].

- وأخيراً يعد من أعمال الحفظ، فى رأى بعض القضاء الفرنسى، الطعن فى الأحكام القضائية، وبالتالى يجوز ممارسة هذا الطعن لمن يملك سلطة الإدارة، كما يجوز لناقص الأهلية[٤]. وقد قضى فى هذا المعنى بأنه يجوز لناقص الأهلية رفع استئناف عن حكم قضائى حرصا على عدم فوات ميعاد الاستئناف، على أن تصحح الإجراءات فى وقت لاحق[٥].

غير أن محكمة النقض الفرنسية عادت سنة ١٩٣٢ (الدائرة المدنية)

---

(١) راجع: نقض مدنى فرنسى ١٤ يونيو سنة ١٩٢٦ سيرى.١٩٢٧-١-٢٥ وتعليق اسمان، وراجع، باجو، الرسالة السابقة، ص ١٦٨.

(٢) راجع: باجو، الرسالة السابقة، ص ١٦٤.

(٣) راجع: رسالة للمؤلف، حمدى عبد الرحمن، من جامعة باريس ١٩٦٨، عن الدعاوى الوقائية، بالفرنسية.

(٤) راجع: حكم قديم لمحكمة النقض الفرنسية فى ٢ مارس ١٨٢٢، سيرى ١٨٢٢-١-٣٤٥.

(٥) نقض جنائى فرنسى ٢٣ ديسمبر ١٨٥٩ داللوز الدورى ١٨٦٠-١-٥٥.

وقضت بتجويز رفع الاستئناف من جانب ناقص الأهلية، ولكن على أساس أن جـزاء الطعن من جـانب ناقص الأهليـة إنما هو بطلان نسـبى وليس بطلاناً مطلقاً[١].

أعمال التصرف وأعمال الإدارة:

١٢١- نلاحظ ابتداء أنه لا يمكن الفصل بين أعمـال التصرف وأعمـال الإدارة فى نطاق البحث عن معيار لكل منهما. ذلك أن ما يفصل بينهما هو خط واحد دقيق، تتبين على جانبيه، بصعوبة بالغة، فى كثير من الحالات، أعمال التصرف فى ناحية وأعمال الإدارة فى الناحية الأخرى. لذلك فإن البحث فى أحدهما يتضمن بالضرورة التعرض للآخر.

وأعمـال التصرف هى أعمـال على قدر من الخطورة المالية، فهى تدخل تعديلا جوهرياً على مركز قانونى معين، أو على الأقل تهدد بإحداث هذا التعديل على نحو نهائى.

ونذكر، كتوضيح مبدئى للفكرة، أن أعمالا معينة تدخل فى نطاق التصرف بصفة مؤكدة: مثل: البيوع العقارية، وبيع المحل التجارى، وبيع المنقولات ذات القيمة الاقتصادية الملموسة، عقد القرض، تقرير رهن على عقار. وباستعراض المحاولات المختلفة التى ذهبت تبحث عن تعريف للتصرف لا يسعنا إلا أن نلاحظ دقة المشكلة وصعوبتها.

فقد عرفه البعض بأنه كل تصرف، أياً كان، يستهدف اثراء الذمة على نحو غير عادى، أو يؤدى، على العكس، إلى تهديد هذه الذمة، أو إلى تعديل

---

(١) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٢ داللوز الدورى ١٩٣٥-١-٥٢ وتعليق كاربونييه.

محتوياتها[١].

والصحيح فى هذا التعريف أن عمل التصرف يعد عملا غير عادى بالنسبة للذمة المالية ومكوناتها. وهو ما يصلح للمقارنة بالأعمال العادية، التى تدخل فى مفهوم أعمال الإدارة. ولكى يبقى، مع ذلك، وضع معيار للتفرقة بين الأعمال العادية والأعمال غير العادية.

اتجه رأى آخر إلى أن أعمال التصرف هى ما يدخل فى نطاق ما يسمى «تصرفات الملكية»، وهى التصرفات المحظورة على من له سلطة الإدارة فقط[٢]. ومن ذلك، يضيف صاحب هذا الرأى، أنه ليس هناك تنافر فى الطبيعة بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة، فكل منهما يرتبط بالآخر، بحيث يتعذر أن نتصور عملا يخلو من بعض جوانب التصرف وفي نفس الوقت بعض جوانب الإدارة. لذلك فإن المقابلة الممكنة نظريا تبقى بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة من ناحية، وأعمال الحفظ من الناحية الأخرى.

وفى رأى فريق ثالث[٣] يتعين هجر التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف حيث أن هذه التفرقة لا تقوم على معيار يساعد فى حل مشكلة التمييز بين التصرفات التى يأتيها الوصى مثلا بمفرده، وبغير إذن، وتلك التى يتعين فى صددها الحصول على إذن. فمن المسلم به أن مهمة الوصى هى المحافظة على عناصر ذمة المشمول بوصايته واثرائها وزيادة قيمتها، إذا أمكن.

---

(١) راجع: ناست فى مطول القانون المدنى للأساتذة بلانيول وريبير، الجزء ٨ رقم ٥٩٣ و٥٩٤.

(٢) راجع: جولد شميت Gold Schmit، رسالة عن عمل الإدارة فى القانون الفرنسى، باريس ١٨٩٨، ص ٢٦ ومابعدها.

(٣) راجع: أوبرى ورو، القانون المدنى الفرنسى، الجزء الأول، الطبعة السابعة (اسمان وبونسار) رقم ٤٣٥، ص ٧٣٣ وهامش رقم ١.

وهذه المهمة تخول له أن يأتى كافة الأعمال التى يأتيها رب العائلة الحريص فى إدارة ثروته. ومن يتطلع إلى الغاية لابد أن يملك الوسيلة اللازمة لتحقيقها. لذلك فإن القانون الفرنسى لا ينص على ما يجوز للوصى أن يأتيه من تصرفات بدون إذن، أو بدون اتخاذ إجراءات شكلية معينة، ولكنه يعرض للتصرفات التى لايجوز أن يأتيها إلا فى حدود القيود المذكورة.

ويرى الأستاذ كاربونييه[١] أن أعمال التصرف تتفق غالبا مع فكرة التصرف الناقل للملكية أو المنشئ للحق العينى، فالبيع والهبة، هى تصرفات فى مال، وهى فى ذات الوقت تصرف قانونى بالمعنى الفنى الكامل. ومع ذلك لايجوز الخلط بين الفكرتين. فأعمال التصرف أضيق نطاقا فى بعض الحالات من فكرة العمل الناقل للحق العينى. فهناك من الأعمال ما يؤدى إلى نقل الملكية ومع ذلك يعد من أعمال الإدارة وليس من أعمال التصرف، مثل بيع محصول الزراعة. وعلى العكس فإن عمل التصرف أوسع نطاقاً، فى حالات أخرى، من فكرة نقل الملكية، فالايجار الذى تزيد مدته عن تسع سنوات هو عمل من أعمال التصرف رغم أنه لا ينتهى إلى نقل ملكية أو إلى انشاء حق عينى، كذلك القرض. فهذان العملان يؤديان إلى تهديد واضح للذمة المالية.

١٢٢- والملاحظ بصفة عامة، على المعايير السابقة، أنها تدور بطريق مباشر، أو غير مباشر، حول فكرة الخطورة الاقتصادية للعمل، وهو أمر صحيح تماما. والمثل الواضح لصحته عقد الايجار. فالتأجير يعد عملا من أعمال

---

(١) كاربونييه، القانون المدنى، الجزء الأول، ١٩٦٧، رقم ٢١١، ص ٦٤٥.

الإدارة[١]، إذا أخذنا فى الاعتبار أنه لا يخرج المال من الذمة، وإذا قدرنا أنه يمثل أسلوباً عادياً لاستغلال المال. غير أنه إذا طالت مدته فإنه يتخذ خطورة اقتصادية[٢] تحوله إلى عمل من أعمال التصرف. واتفاقاً مع هذا المعنى يوجب قانون الشهر العقارى (م ١١) تسجيل الايجارات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها عن تسع سنوات. واتفاقا مع هذا المعنى أيضا نعتقدأن التأجير في ظل القوانين الخاصة (قانون الاصلاح الزراعى، قبل الغائه فى شأن الايجار، وقانون تنظيم علاقة المؤجر بالمستأجر فى المبانى السكنية، قبل صدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦) كان - فى رأينا - عملا من أعمال التصرف، وذلك نزولا على أثر قاعدة الامتداد القانونى لعقود الايجار. فوفقاً لهذه القاعدة أصبح عقد الايجار (فى ظل تلك القوانين الخاصة) شبه مؤبد، وهو ما يهدر، أو على الأقل يهدد باهدار، القيمة الاقتصادية للعقار. ولا يبقى بالتالى، التأجير كعمل من أعمال الإدارة إلا فى اطار العقود التى تخضع للقانون المدنى، حيث لا مجال للامتداد القانونى[٣].

---

(١) يمكن أن نشير إلى نماذج متعددة لأعمال الإدارة، مثل ابرام عقود التأمين، قطع أخشاب المزروعة وبيعها (نقض فرنسى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ داللوز الدورى ١٩٢٢-١-١٧٩، تحصيل قيمة الأجرة مقدما إذا كان عن مدد قصيرة نسبياً، الوفاء بالديون التى حل أجلها، شراء مستلزمات الحياة الجارية أو مستلزمات الصيانة والاصلاح. حتى لو اقتضت بيعاً أو شراء أو اقتراضاً.

(٢) يمكن أن نشير أيضا إلى ما يقول به البعض من أن أعمال التصرف تكشف عن سلطة، تكاد تكون كاملة، على المال، فهو يمثل عملا من أعمال السيادة الكاملة، ويعد من سلطان إرادة حرة، غير مقيدة، تمارس بغير تعقيب من أحد. راجع Verdot، رسالة من باريس ١٩٦٣ أعمال الإدارة فى القانون الخاص الفرنسى، رقم ٣٥٢، ص ٢٥٦.

(٣) راجع للمؤلف: حمدى عبد الرحمن، شرح أحكام قوانين إيجار الأماكن، رقم ٣٠ ومابعدها، والمراجع والآراء المشار إليها.

لذلك فإن أساس التمييز بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف يبقى معيارياً، يتوقف على خطورة التصرف الاقتصادية، وفق ظروف حالته، فما يتخذ وصفا معينا إذا ورد على عقار، قد يتخذ خلافه إذا ورد على منقول. وما يكون إدارة في ظل القواعد العامة للقانون المدنى، قد يعتبر تصرفا فى ظل القوانين الخاصة ذات الطابع الحمائى[1]، وما قد يكون بحكم أصله أقرب إلى التصرف، كالبيع، قد ينقلب إدارة بالتبعية. وذات التصرف قد يكون إدارة فى حدود قيمة اقتصادية محدودة فإن تجاوزها عده القانون تصرفا[2].

ويمكن أن نخلص مما سبق، إلى أن تعريف عمل الإدارة يمكن أن تحكمه بدوره، مجرد توجيهات عامة. فهو أولا، ما يخرج عن نطاق خطورة أعمال التصرف وعن لزوم وبساطة أعمال الحفظ. وهذا التحديد المبدئى ليس، فى حقيقة الأمر، كبير الأهمية، لأنه تحديد سلبى. ومع ذلك فهو يمثل لبنة أولية فى تحديد الوضع فعن طريقه يمكن أن نضيف أن عمل الإدارة لا يحدث تغييرا جوهريا فى مكونات الذمة المالية، كما أنه لا يتسم، من جانب آخر، بضآلة النفقات أو بطابع المحافظة على حق مهدد، كما هو الحال فى أعمال الحفظ.

ومن ناحية **أخرى** فإن أعمال الإدارة تمثل واجباً على عاتق من يخوله القانون أو الاتفاق سلطة القيام بها، لمصلحة غيره (كالوصى أو الوكيل)، حيث يستوجب عدم القيام بها قدراً من المسئولية فى حق من كُلِّفَ بالقيام بها.

---

(١) والتى تغير من مضمون التوازن الاقتصادى المعتاد للعقد.

(٢) فى القانون الفرنسى يعتبر بيع الأوراق المالية فى البورصة عملا من أعمال الإدارة إذا لم يتجاوز قيمة حددها القانون. راجع: ستارك، القانون المدنى، المقدمة، رقم ٣٦٩، ص ١٥٢.

ثانيا: تقسيم الأعمال القانونية وفقاً لتعدد أطرافها:

١٢٣- سبق أن أشرنا إلى أن الأعمال القانونية قد تكون من جانب واحد، كالوعد بجائزة، وقد تكون من جانبين كالعقود عموما. وفى **النوع الأول** يقوم التصرف بمفرد إرادة واحدة، وفى **الثانى** لابد من مساهمة إرادتين متقابلتين تلتقيان على عملية قانونية محددة.

والوضع الغالب، والعادى، فى العقود، أنها تتم بقصد تنظيم مصالح فردية لأطرافها. غير أن تطور الحياة الحديثة قد أفرز نوعاً آخر من العقود، هى العقود الجماعية. وفى هذا النوع الجديد من العقود، يكون أحد أطراف العقد، أو كلاهما، ممثلا لجماعة وليس لفرد واحد. والتطبيق النموذجى **لهذا العقد الجماعى هو عقد العمل المشترك** Contrat Collectif. وفيه يتم التعاقد بين ممثلين لطائفة من العمال (النقابة غالبا) وبين صاحب عمل معين أو ممثل لمجموعة من أصحاب الأعمال (كاتحاد أصحاب العمل فى قطاع صناعى محدد). ويستهدف العقد الجماعى، على هذا النحو، وضع الأسس والأحكام التي يتم على أساسها ابرام العقود الفردية. ويعتبر العقد الجماعى ملزما فى هذا الشأن، فهو يضع الحد الأدنى لحقوق العمال، التى لا يجوز النزول عنها، وأى اتفاق فردى يخرج عن هذا الاطار يعد باطلا. ولذلك لا يجوز مخالفته إلا فى الحدود التى يقرر فيها الاتفاق الفردى ميزة أفضل للعامل[1].

---

(١) راجع: كولمبل، مقدمة لدراسة القانون، باريس ١٩٦٩، ص ٢٢٦، مارتى ورينو، المرجع السابق، رقم ١٢٢، ص ٢٢٥، ٢٢٦.

ثالثا: تقسيم الأعمال القانونية من حيث أثرها على الحقوق والتزامات: العمل المنشئ، والعمل الكاشف، والعمل الناقل:

١٢٤- **العمل القانونى المنشئ** هو التصرف الذى ينشئ حقا جديدا، لم يكن له وجود من قبل. وأغلب الأعمال القانونية منشئة، ومن قبيلها عقد الزواج، حيث ينشئ لكل من طرفيه حقوقاً للعلاقة الزوجية لم يكن لها وجود قبل التعاقد(١). كذلك الحال فى العقد المنشئ لحق انتفاع.

ويعد من ذات الطبيعة السابقة، ولكن على معنى عكسى، الأعمال القانونية المهنية، كالابراء والابطال.

والعمل الناقل، هو التصرف الذى ينقل حقاً من شخص إلى آخر. وهو، بالتالى، يعد مصدراً للحق بالنسبة لمن انتقل إليه هذا الحق، والمثل الواضح لهذا النوع من الأعمال هو عقود البيع، والهبة وحوالة الحق(٢).

أما **العمل الكاشف** فهو لا ينشئ، بخلاف سابقيه، حقا جديدا، ولا ينقل حقا من شخص لآخر، ولكن أثره يقتصر على الكشف عن حق قائم بحالته. لذلك فإن العمل القانونى الكاشف ليس مصدرا للحق بالمعنى الصحيح(٣). ومن أمثلة الأعمال الكاشفة الأحكام القضائية فى أغلب صورها(٤)، فهى

---

(١) راجع: مارتى ورينو، المرجع السابق، رقم ١٥٢، ص ٢٧٩ و٢٨٠، مازو، المرجع السابق، رقم ٢٦٢، ص ٢٩٤، كولمبل، المرجع السابق، ص ٢٢٧، وراجع: أحمد سلامة، نظرية الحق، رقم ١٨٩، ص ٣٣٧.

(٢) راجع: مارتى ورينو، المرجع السابق، رقم ١٥٣، ص ٢٧٩، كولمبل، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٣) راجع: كولمبل، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٤) ذلك أن هناك أحكاما منشئة مثل الحكم بالتطليق.

تكشف من خلال بحث النزاع عن ثبوت الحق لمصلحة أحد أطراف الخصومة.

كذلك الحال بالنسبة **للاقرار**، فحين يثور نزاع بين شخصين، يدعيه أحدهما، وينكره الآخر، ثم يقر أحدهما بحق خصمه، يتحول ما كان يدعيه الخصم الآخر (من صدر الاقرار لصالحه) إلى مركز قانونى مؤكد، وغير منازع فيه. وبذلك يكون الاقرار كعمل كاشف وسيلة لتأكيد وجود الحق.

ومن أمثلة العمل القانونى الكاشف أيضا، **الصلح**، وبه تتم تقوية حق منازع فيه، فى بعض أجزائه. فبالصلح تزول مظاهر النزاع حول الحق[١].

كما تعد **القسمة** عملا قانونيا كاشفا، ولكنها تحدث قدرا من التحول في الحق. فالأصل فى القسمة أنها لا تنشئ حقوقا أو مراكز قانونية جديدة، ولكنها تكشف عن حقوق المتقاسمين. ومفاد ذلك أن كل متقاسم يعتبر مالكا لنصيبه (الذى أفرزته القسمة) منذ بداية الشيوع[٢].

غير أن القسمة تُدْخِلُ قدرا من التحول على الحق. فبعد أن كانت حقوق الشركاء شائعة، فى كل ذرة من ذرات المال، أصبحت الحقوق مفرزة، أى ترد بالنسبة لكل منهم على جزء محدد.

١٢٥- ومما سبق يتضح أن أهم نتيجة تترتب على فكرة العمل القانونى الكاشف هى أن هذا العمل لا يضيف كثير جديد إلى الحق الذى ورد فى صدده،

---

(١) راجع: مارتى ورينو، المرجع السابق، ص ٢٨٠، وراجع رسالة عن العمل الكاشف للأستاذ Merle تولوز ١٩٤٦.

(٢) وتستهدف هذه القاعدة حماية كل شريك من تصرفات شريكه أثناء قيام حالة الشيوع. لذلك فإن هذه القاعدة تضر بمصالح من يتعامل مع أحد الشركاء أثناء الشيوع.

فحين يصدر حكم قضائى فى نزاع بين طرفين، وحين يقر أحد الخصوم بحق خصمه، وحين يجرى المتقاسمون قسمة للمال الشائع، فإن الحق، فى جميع هذه الحالات، يعد موجودا لا منذ تاريخ الحكم، أو صدور الاقرار، أو حدوث القسمة، بل يعد موجوداً سلفاً قبل اتمام العمل القانونى الكاشف (منذ نشأة الحق). غاية الأمر أن هذا العمل يقوى الحق بازالة أسباب النزاع في شأنه (الحكم القضائى والاقرار) أو بحوله إلى حق محدد (القسمة). ويتحقق هذا الأثر فى الماضى والمستقبل على السواء. ويعبر عن هذا المعنى الأخير بأن للعمل القانونى الكاشف أثرا رجعيا، بمعنى أن التقوية، أو التجديد، يلحق بالحق منذ نشأته[1].

وقد انتقد بعض الفقه وصف الأثر الرجعى بالنسبة للأعمال القانونية الكاشفة، على أساس أن الأثر الرجعى الحقيقى هو الذى يؤدى إلى تعديل مركز قانونى سابق على وجود العمل القانونى، كأن يعدم تصرفاً كان موجوداً. والعمل القانونى الكاشف ليس له هذا الأثر، فهو مجرد تقرير يكشف عن حقوق سبق وجودها وجوده[2].

رابعا - تقسيم الأعمال القانونية من حيث نطاق تطبيقها:

١٢٦- يقسم الأستاذ ديجى الأعمال القانونية إلى **أنواع ثلاثة** بحسب نطاق تطبيقها، **النوع الأول**، هو الأعمال المشرعة، والنوع الثانى هو الأعمال

---

(١) راجع: مارتى ورينو، المرجع السابق، ص ٢٨٠، وراجع مازو، المرجع السابق، رقم ٢/٦٢، ص ٢٩٤.

(٢) راجع: مارتى ورينو، الموضع السابق، وكولبل، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

الشرطية، والنوع الثالث هو الأعمال الشخصية أو الذاتية[1].

وهذه التفرقة ترتبط بصفة أساسية بفقه القانون العام. ويقصد بالأعمال المشرعة[2] كل عمل ينشئ أو يعدل قاعدة قانونية، وهى تمثل بالتالى، ضابطاً عاماً يطبق على جميع المواطنين. والتعريف على النحو السابق يغطى كل قاعدة عامة مجردة، سواء تمثلت فى القانون أو فى اللائحة، أو فى أى ضابط عام أقل شأناً مثل النظام الأساسى لأية شركة أو جمعية. فهذا النظام الأساسى يضع الضوابط العامة التى تطبق على جمهرة من الأفراد، وكذلك على الأفراد المتعاملين مع الشخص المعنوى المذكور. كما يمكن أن يندرج تحت هذا التعريف عقود العمل الجماعية، التى تتم بين أصحاب الأعمال ونقابات العمال، وتضع الشروط والأحكام التى تطبق على علاقات العمل الفردية (تحديد شروط العمل، الأجازات، الحد الأدنى للأجر... الخ)[3].

أما الأعمال الشرطية، فهى الأعمال التى يتم بمقتضاها تطبيق العمل المشرع على فرد بذاته أو على حالة معينة. ذلك أن الأعمال المشرعة لا تنطبق دائماً، بصفة تلقائية، على الأفراد، بل لابد أن يصدر عمل قانونى خاص بفرد معين. فالنظام الخاص بالوظيفة العامة (عمل مشرع) لا يطبق إلا على من عين موظفاً. والنظام الأساسى للجمعية لا ينطبق إلا على من انضم إليها. والتعيين فى الوظيفة، وكذلك الانضمام للجمعية، هى أعمال شرطية يلزم اتمامها لينطبق

---

(١) راجع: ديجى، مطول القانون الدستورى، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ص ٣٢٧.

(٢) راجع: سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ١٩٧٦، ص ١٧٩ ومابعدها.

(٣) راجع: كوليل، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

العمل المشرع. وبالتالى يكون نطاق العمل المشرع على فرد بذاته[١].

أما العمل الشخصى أو الذاتى، فهو، على نقيض العمل المشرع، لا يخلق قاعدة عامة، تطبق على جمع غير محدود، بل ينشئ **فقط التزامات خاصة على عاتق شخص معين بالذات أو أشخاص محددين**. والمثل الواضح لهذا العمل هو العقود فى القانون الخاص. فالعقد لا ينشئ سوى التزامات، وحقوق، على عاتق ولمصلحة أطرافه. وهو لا يلزم، ولا يفيد، سواهما (مبدأ نسبية أثر العقد).

١٢٧- ويلاحظ بعض فقهاء القانون المدنى[٢] أن التفرقة السابقة يتعذر تبينها فى اطار القانون الخاص. وعلى سبيل المثال، فإن نظام الجمعية Association يتضمن بالنسبة لديجى عنصرين: الأول هو انشاء نظام الجمعية من جانب مؤسسيها، وهو عمل مشرع، والعنصر الثانى هو الانضمام للجمعية، ويتم هذا الانضمام بمقتضى عمل شرطى.

فإذا دققنا فى هذا المنطق، من وجهة نظر القانون المدنى، فإن الأمر يبدو مختلفا إلى حد كبير. فالقانون المدنى ينظر إلى الجمعية على أساس أنها عقد بين المساهمين فى نشأتها (المؤسسون)، وحتى فى الفرض الذى يتعدد فيه المساهمون على نحو لا تتوافر لهم فيه الصلة أو التعارف الشخصى[٣].

---

(١) راجع: سليمان الطماوى، القرارات الإدارية، ص ١٧٩.

(٢) كولبل، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

(٣) راجع: كولبل، المرجع السابق، ص ٢٢٩، ٢٣٠.

المبحث الثانى

الواقعة القانونية

١٢٨- الواقعة القانونية هى كل حدث مادى يرتب عليه القانون أثراً، ويحدث هذا الأثر تغييراً فى الأوضاع القانونية القائمة، أو ينشئ وضعاً قانونياً جديداً لم يكن قائماً قبل وقوعه. وقد تكون الواقعة حادثاً مادياً من فعل الطبيعة، كهبوب العواصف، أو الفيضان، وقد تكون من عند الخالق، كالميلاد والوفاة.

وقد تكون الواقعة من فعل الإنسان، كالاعتداء على مال الغير، وقد تكون اثراء على حسابه، وقد تتمثل فى اعتداء يقع على الكيان المادى أو المعنوى لشخص معين[١].

---

(١) يثير التعرض للمقابلة بين الأعمال والتصرفات القانونية والوقائع القانونية مسألة التفرقة بين أنواع المسئولية المختلفة، فهناك المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية. والمسئولية المدنية تنقسم إلى فرعين: الأول يضم المسئولية العقدية، وهى ما يترتب على الاخلال بالتزام عقدى. ويلزم لقيامها، بالتالى، وجود عقد صحيح بين الأطراف، ووجود ضرر ناتج عن الاخلال بالالتزام العقدى، ووجود علاقة سببية بين ذلك الاخلال وهذا الضرر. ويقتضى إعمال المسئولية العقدية إما التنفيذ العينى للالتزام أو دفع تعويض للمضرور. ويضم الفرع الثانى للمسئولية المدنية المسئولية التقصيرية، وهى تقوم نتيجة للاخلال بالواجب العام بعدم الاضرار بالغير، وقد تقوم على الخطأ الشخصى الواجب الاثبات، وقد تقوم على خطأ من جانب الغير يسأل عنه المتبوع (بالنسبة لتابعه)، أو متولى الرقابة (بالنسبة للمشمول برقابته)، وقد تقوم عن فعل الأشياء أو الحيوانات (راجع رقم ١٣٠ ومابعدها من هذا المؤلف) ويختلف كل فرع عن الأخر من نواح عدة: عبء الاثبات، الأهلية، الاعذار، نطاق التعويض، الاعفاء من المسئولية، الاختصاص القضائى، التقادم، ماهية الخطأ. راجع: محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسئولية المدنية (١٩٧٨) ص ٢٣ ومابعدها.

أما النوع الثانى فهو المسئولية الجنائية، وهى تترتب على اتيان فعل أو امتناع يعد جريمة =

ويلاحظ فى شأن الوقائع التى تحدث بفعل الإنسان، أنها قد تحدث رغم إرادته كالقتل، والاصابة، والاتلاف بطريق الخطأ. وقد تحدث على العكس، عمدا، كالاتلاف أو الاعتداء عن عمد وإرادة.

وفى جميع الحالات يرتب القانون، على مثل الوقائع السابقة، آثار معينة بغض النظر عن اتجاه إرادة الفاعل أو عدم اتجاهها إلى تحقيق تلك الآثار. فالوفاة يترتب عليها انتقال الأموال بطريق الميراث، والاعتداء على الغير، فى شخصه أو أمواله، يوجب ملزومية الفاعل بالتعويض. ويكفى لترتيب الآثار المشار إليها مجرد الحدوث المادى للواقعة القانونية[1].

١٢٩- وتختلف الواقعة القانونية، على النحو السابق، عن العمل القانونى (أو التصرف القانونى)[2] من زاويتين أساسيتين:

١- أن العمل القانونى يجد أساسه، كما أشرنا فى عنصر الإرادة[3].

= وفقا لأحكام القانون الجنائى، ويلاحظ من ناحية أن الفعل الواحد قد يرتب مسئولية مدنية (التعويض) ومسئولية جنائية، كما هو الحال فى الجرح أو القتل، ومن ناحية أخرى فإن الاخلال بالعقد قد يرتب إلى جانب المسئولية المدنية مسئولية جنائية كما فى حالة تبديد المودع لديه للأشياء المودعة (عقد الوديعة).

(١) راجع: تيرى، محاضرات فى القانون المدنى مقدمة دراسة القانون، ١٩٧٠، ص ١٦٧، مارتى ورينو، القانون المدنى، الجزء الأول، ١٩٧٢، رقم ١٦٣، ص ٢٩٢ ومابعدها.

(٢) راجع ما سبق عرضه في المبحث الأول من هذا الفصل.

(٣) يلاحظ أن القانون يعد إلى جانب التصرفات والوقائع القانونية مصدراً مباشراً لبعض الالتزامات فى حالات معينة وردت بها نصوص قانونية كالالتزام بالنفقة بين الأقارب، حتى درجة معينة، والالتزام بدفع الضرائب للدولة، وتنص المادة ١٩٨ مدنى على أن الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها. أما الوقائع الطبيعية فهى تنسب إلى القانون الذى يجعلها مصدراً للالتزام.

ولذلك لابد أن توجد الإرادة، فإن انعدمت فلا وجود للعمل القانونى، ولابد أن توجد مكتملة بأن يكون من يأتى العمل القانونى أهلا لمباشرته، وأن تخلو إرادته من العيوب المختلفة[١].

ولا مجال لمثل هذه الشروط فى مجال الواقعة القانونية، فهى حدث غير إرادى، بمعنى أن القانون يرتب عليها أثرا بغض النظر عن اتجاه الإرادة أو عدم اتجاهها إلى إحداث هذا الأثر.

٢- يختلف نظام الاثبات فى مجال الوقائع القانونية عنه فى مجال الأعمال والتصرفات القانونية[٢].

ففى مجال الوقائع القانونية يأخذ المشرع بما يسمى نظام الاثبات الحر، بمعنى أنه يجوز لصاحب المصلحة أن يثبت حدوث الواقعة بكافة طرق الاثبات، بغير قيد، أياً كانت قيمة ما يدعيه قبل الطرف الآخر. وترجع حرية الاثبات، فى هذا المقام إلى أن الوقائع القانونية التى تحدث عادة بطريقة فجائية، ومن الصعب، إن لم يكن من المستحيل أحيانا، اعداد الدليل فى شأنها مقدماً[٣].

أما فى مجال الأعمال والتصرفات القانونية فإن المشرع يأخذ بنظام الاثبات المختلط، فهو يأخذ بالاثبات الحر (الاثبات بكل الطرق) إذا لم تزد قيمة

---

(١) راجع: ستارك، القانون المدنى، المقدمة، رقم ٣٧٨، ص ١٥٤، ١٥٥.

(٢) راجع: ستارك، القانون المدنى، المقدمة، الموضع الرئيسى، مارتى ورينو، المرجع السابق، رقم ٢٦٥ ص ٤٣٢ و٤٣٣.

(٣) يلاحظ أنه استثناء من هذه القاعدة قد ينظم القانون وسيلة معينة لاثبات الوقائع المادية، كما هو الحال فى واقعتى الميلاد والوفاة، حيث يتم اثباتها بوثائق رسمية فى سجلات الحالة المدنية.

النزاع عن خمسمائة جنيه[1] وكذلك الحال فى المواد التجارية أياً كانت قيمتها. أما حيث تتجاوز قيمة النزاع النصاب المذكور (أو كان غير محدد القيمة) فيجب، فى غير المواد التجارية، تقديم دليل كتابى. كما يتعين الاثبات بالكتابة دائما، فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى[2].

ويعود تقييد الاثبات، على النحو السابق، إلى طبيعة الأعمال والتصرفات القانونية، وأنها أعمال تقوم على الإرادة المدركة الواعية المتجهة إلى الأثر القانونى المطلوب، لذلك لا غضاضة فى أن يفرض المشرع على الأفراد ضرورة إعداد الدليل مقدما بطريق الكتابة، تحسبا لأى نزاع ينشأ مستقبلا بين الأطراف[3].

ونعرض فيما يلى للوقائع القانونية التى ينشأ عنها حقوق شخصية (التزامات) وتلك التى تترتب عليها حقوق عينية:

أولا: الوقائع القانونية كمصدر للحقوق الشخصية (الالتزامات):

(أ) مسئولية الإنسان عن فعله الشخصى:

١٣٠- وقد يفرض القانون على الفرد التزامات محددة بأداء أعمال معينة أو بالامتناع عن أعمال بذاتها. وفى هذه الحالة يعد الفرد مخطئاً إذا أخل بما يفرضه عليه القانون من التزام، وتترتب فى ذمته المسئولية قبل المضرور. وفى غير الحالات التى توجد فى صددها نصوص قانونية الأصل هو حرية الإنسان فيما يأتيه من سلوك ايجابى أو امتناع عن عمل. وبالتالى الأصل هو عدم

---

(١) مادة ٦٠ من قانون الاثبات.

(٢) مادة ٦١ من قانون الاثبات.

(٣) راجع: ستارك، القانون المدنى، المقدمة رقم ٣٧٨، ص ١٥٥.

مسئوليته فى هذا الشأن. غير أن حرية الإنسان فيما يأتيه من سلوك أو امتناع مشروطة بألا ينحرف عن السلوك الطبيعى والمألوف. فإذا انحرف عد سلوكه خطأ وتحققت إحدى مقومات مسئوليته[1].

ويعتبر السلوك خاطئا إذا انحرف عن سلوك الإنسان العادى من بين أواسط الناس. ويتم التقييم، على هذا النحو، وفقاً لمعيار موضوعى، يراعى فيه الظروف التى وجد فيها من تثور مشكلة مساءلته[2].

(ب) مسئولية متولى الرقابة:

١٣١- نصت المادة ١٧٣ مدنى على أن كل من تجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة.

وواضح أن المسئولية تقوم على خطأ مفترض فى حق متولى الرقابة.

(جـ) مسئولية المتبوع عن أفعال تابعيه:

١٣٢- قد يستخدم الإنسان شخصاً أو أشخاصاً آخرين فى القيام بتصريف شئونه الخاصة تحت إدارته واشرافه، كصاحب المصنع يستخدم عمالا

---

(١) بالاضافة إلى توافر عنصرى الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ وهذا الضرر.

(٢) يلاحظ أن مسئولية الشخص عن فعله الشخصى تفترض أن يكون هذا الشخص مكلفا، أى أن يكون مميزا، فإن تخلف التمييز، تخلف المسئولية (فيما عدا المسئولية الجوازية الاحتياطية والمخففة لعديم التمييز، والمنصوص عليها فى المادة ٢/١١٤ مدنى).

للقيام بالعمل، وكصاحب السيارة يستخدم سائقاً لقيادتها . وفي مثل هذه الأحوال تكون لصاحب العمل هيمنة على العمل الذي يقوم به العامل. وقد بررت هذه الهيمنة تقرير مسئولية المتبوع عن فعل تابعيه، فقد نصت المادة ١٧٤ مدنى على أن «يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع الذى يقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها». ويتضح من ذلك أنه لكى يسأل المتبوع عن عمل التابع، لابد أن يرتكب هذا الأخير خطأ حال تأديته لعمله أو بسبب العمل، فإذا تحقق ذلك فإن المتبوع لا يستطيع أن يتخلص من مسئوليته إلا إذا أثبت أن الفعل الضار قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد للتابع فيه (م ١٧٥ مدنى) فالمسئولية لا تنتفى إذن بمجرد نفى خطأ المتبوع.

(جـ) المسئولية عن الأشياء:

١٣٣- نظم المشرع مسئولية الإنسان عن أفعال الحيوانات والأشياء فى المواد ١٧٦، ١٧٧، ١٨٧:

- فقد نصت المادة ١٧٦ على أن حارس الحيوان، ولو لم يكن حارساً له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه.

وتقوم هذه المسئولية على أساس موضوعى فى جانب الحارس، وبالتالى فإن المضرور لا يكلف بإثبات الخطأ؛ ولذلك فإن الوسيلة الوحيدة للتخلص من المسئولية هى إثبات السبب الأجنبى، كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير.

- أما المادة ١٧٧ مدنى فقد واجهت مسئولية الشخص عن تهدم البناء

فنصت على أن «حارس البناء، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه.

- وأخيرا نصت المادة ١٧٨ على أن «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه».

(جـ) الاثراء بلا سبب:

١٤٣- إذا ما انتفع شخص بشئ مملوك لغيره دون أن يكون هناك عقد بينهما يخول له هذا الانتفاع، كايجار أو عارية، فإن يلتزم بدفع مقابل لهذا الانتفاع تحقيقاً للعدالة. وإذا دفع شخص دين غيره فإن المدين يلتزم أن يرد إليه ما دفعه تحقيقا للعدالة أيضاً، وبالمثل إذا ما قام شخص باصلاح منزل جاره الآيل للسقوط أثناء غيابه مثلا (الفضولى) فإن صاحب المنزل يلتزم بتعويضه عما تكبده فى هذا الاصلاح.

ومن الواضح أن التزام المنتفع بالشئ فى المثال الأول، والتزام المدين فى المثال الثانى، والتزام صاحب المنزل فى المثال الثالث، ليس مصدره إرادة أى منهم، وليس مصدره عملا غير مشروع من جانبه، وإنما مصدره واقعة، مجرد واقعة، تتمثل فى كسب حققه دون سبب فى القانون، قابله خسارة تحملها الطرف الآخر.

وقد تعرض المشرع، للأحكام الخاصة بالاثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الحق (الالتزام) ثم تعرض لصورتين من صوره تتميز كل منهما بخصائص مميزة

هما صورة رد غير المستحق[1] وصورة الفضالة:

«كل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الاثراء فيما بعد»[2].

وتنص المادة ١٨٨ على أن الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك[3]، وتنص المادة ١٩٥ مدنى على أن «يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل، متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولى أجراً عن عمله إلا أن يكون عن أعمال مهنته».

---

(١) تنص المادة ١٨٥ مدنى «وذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التى جناها، أو التى قصر فى جنيها، من الشئ الذى تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء، أو من اليوم الذى أصبح فيه سيئ النية، وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى.

(٢) مادة ١٧٩ مدنى ومابعدها، راجع السنهورى، الوسيط، مصادر الالتزام ١٩٥٢، رقم ٧٥٦ ومابعدها، ص ١٢٢ ومابعدها.

(٣) راجع: السنهورى، المرجع السابق، رقم ٨٥٧ ومابعدها، ص ١٢٢٨ ومابعدها.

ثانيا: الوقائع القانونية كمصدر للحقوق العينية:

(أ) الحيازة:

١٣٥- وهى من الوقائع الهامة التى تلعب دوراً أساسياً فى القانون المدنى بوصفها مصدراً للحقوق. ويمكن تعريفها بأنها سيطرة مادية على شئ، (عقار أو منقول)، والظهور، من خلال هذه السيطرة، بمظهر المالك أو صاحب حق عينى.

وقد يكون الحائز، هو المالك، حقيقة، وفى هذا الفرض يتطابق الوضعان. وقد أشرنا فيما سبق، إلى أن القانون يضع نظاماً لحماية الحيازة فى ذاتها، دون حاجة إلى اثبات الملكية. وهنا تبدو بعض أوجه فائدة التطابق المشار إليه حيث **تمثل الحيازة خط الدفاع الأول عن الملكية.**

وقد لا يكون الحائز مالكاً، كمثل من اشترى شيئا من غير مالكه، ولكنه تسلمه منه، فالبائع فى مثل هذا الفرض لا يستطيع أن ينقل الملكية إلى المشترى (فاقد الشئ لا يعطيه)، ولكنه نقل إليه وضع اليد الذى يمثل أحد عنصرى الحيازة على النحو التالى بيانه.

فلكى توجد الحيازة لابد من توافر عنصرين: الأول هو العنصر المادى، الذى يتمثل فى وضع اليد على الشئ مع اتخاذ مجموعة الأعمال المادية التى تصدر عادة عن المالك أو صاحب الحق العينى[1]. أما العنصر الثانى فهو نية التملك بمعنى أن يقصد الحائز الظهور بمظهر المالك، وهو ما يقتضى بالضرورة أن

---

(١) راجع: عبد المنعم البدراوى، حق الملكية (١٩٧٣) ٤٢٨ ومابعدها، ص ٤٢٥ ومابعدها، منصور مصطفى منصور، حق الملكية (١٩٦٥)، رقم ١٦١ ومابعدها، ص ٣٧٠ ومابعدها.

يكون قد أراد الحيازة لحساب نفسه[1].

- وإذا توافرت الحيازة بعنصريها فإنها يمكن أن تنتهى إلى اكتساب حق الملكية لمصلحة الحائز. وذلك بعد مدة قانونية محددة[2]. ويتحقق ذلك فى فرضين:

الفرض الأول: يكون الحائز فيه حسن النية، أى أنه تلقى «الحق» من غير صاحبه، كما فى المثال الذى سبق عرضه. ومفاد حسن النية هنا[3] هو أنه يجهل أن من نقل إليه وضع اليد ليس مالكا وبالتالى ليست له مكنة نقل الملكية. ووفقاً للمادة ٩٧٦ من القانون المدنى «يتم اكتساب حق الملكية، على العقار، إذا توافرت الحيازة واستمرت لمدة خمس سنوات، بشرط توافر حسن النية، والسبب الصحيح[4].

- غير أنه إذا توافر السبب الصحيح وحسن النية ووردت الحيازة على

---

(١) عبد المنعم البدراوى، السابق، ص ٤٢٨. وإذا تخلف هذا العنصر سميت الحيازة عرضية، فالمستأجر، أو الوكيل، أو المودع لديه لا يحوز الشئ لحسابه بل لحساب غيره.

(٢) يستثنى من نظام التقادم المكسب: الأموال الخاصة المملوكة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة، وأموال الوقف الخيرى (م ٩٧٠ من القانون المدنى معدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ والقانون ٣٩ لسنة ١٩٥٩ وراجع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤). كما يسقط حق الوارث فى المطالبة بالارث بمضى ثلاث وثلاثين سنة (٩٧٠ مدنى).

(٣) أى يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير (م ٩٦٥ مدنى).

(٤) وهو «عمل قانونى يصدر لمصلحة الحائز من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحب الحق العينى الذى يراد كسبه بالتقادم، ويكون من شأنه أن ينقل بذاته الملكية أو الحق العينى لو كان صادرا من المالك أو من صاحب الحق، راجع فى الموضوع، عبد المنعم البدراوى، السابق، رقم ٣٧٩، ص ٥٢٠. ويقتضي هذا التحديد أن يكون السند، فى العقارات مسجلا، وهو ما أشارت إليه المادة ٩٦٩-٤ مدنى.

منقول، فإن الحائز يصبح مالكا فى الحال (دون مضى مدة) . وقد نصت المادة ١/٩٧٦ على «أن من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول، أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته» . وهو ما يعبر عنه بالقول بأن الحيازة فى المنقول سند الحائز.

وفى **الفرض الثانى:** يجوز لمن حاز منقولا أو عقاراً، دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به، أن يكتسب ملكية الشئ أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة» . وفى هذا الفرض الثانى يكفى توافر الحيازة، والمدة المذكورة فى النص، لاكتساب الحق العينى، دون أى شرط آخر. حيث لا يشترط أن يكون الحائز حسن النية، كما لا يشترط أن يتوافر له سبب صحيح.

ب - الاستيلاء:

١٣٦- وهو سبب لكسب ملكية المنقول والعقار على السواء[١].

وفى **المنقول**، نصت المادة ٨٧٠ مدنى على أن من وضع يده على منقول لا مالك له، بنية تملكه، ملكه.

ويطبق هذا الحكم على المنقولات المباحة، كالأشياء المشتركة التى وهبتها الطبيعة ليستفيد منها كافة الناس، كالطيور فى الهواء، والأسماك فى البحار، والحيوانات التى لا مالك لها . . الخ. كما يطبق النص على الأشياء التى تخلى عنها أصحابها بنية النزول عن ملكيتها (م ١/٨٧١ مدنى) غير أن تحديدات

---

(١) راجع عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، رقم ٢١٦ ومابعدها، ص ٣٠٨ ومابعدها، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٧٣ ومابعدها.

ثلاثة ترد على القاعدة السابقة:

- أن الأشياء الضائعة تخضع لقواعد خاصة، حيث يتعين على من يجدها أن يرده لأصحابها أو أن يبلغ عنها أقرب نقطة شرطة أو عمدة (خلال ثلاثة أيام فى المدن، وثمانية أيام فى القرى)، وفى هذه الحالة يستحق مكافأة قدرها عشر القيمة[١].

- أن الكنز المدفون أو المخبوء، والذى لا يستطيع أحد اثبات ملكيته، له، يكون مملوكا لصاحب العقار الذى وجد فيه، أو لمالك الرقبة، فإن وجد فى عين موقوفة كان ملكا للواقف وورثته[٢].

- ان الاستيلاء لا يطبق على المنقولات الأثرية، حيث تنظم ملكيتها أحكام القانون رقم ٢١٦ لسنة ١٩٥١. وتعتبر الاثار، بصفة عامة، من أملاك الدولة العامة، وفقاً للقانون المشار إليه..

- أما فى نطاق العقارات فلا استيلاء بالنسبة للعقارات المملوكة للدولة فقد كانت الفقرة الثالثة من القانون المدنى تنص على أنه لا يجوز تملك الأراضى الصحراوية أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة ووفقا للوائح. ثم صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ونص على حظر تملك الأراضى الصحراوية، من حيث المبدأ، وبغير طريق الميراث. وانتهى الأمر بصدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤، الذى نفى كل شبهة تجيز الاستيلاء على الأراضى الصحراوية فقد نص هذا القانون على أن الأراضى الصحراوية تعتبر كلها مملوكة ملكية خاصة

---

(١) الأمر العالى الصادر فى ٨ مايو سنة ١٨٩٨.

(٢) مادة ٨٢ مدنى.

للدولة، ولا يجوز تملكها عن طريق الاستيلاء[(١)و(٢)]. وبالتالى يصبح الطريق الوحيد لتملك الأراضى المشار إليها هو الشراء من الدولة بطريق الممارسة، ووفقا للشروط التى حددها القانون (م ٥٣ من القانون المشار إليه).

ب - الالتصاق:

١٣٧- ويعرف بأنه اندماج شيئين، غير مملوكين لشخص واحد، ويؤدى، إذا لم يتم فصل الشيئين، إلى أن مالك أحد الشيئين يتملك الشئ الآخر بقوة القانون أو بحكم القاضى[(٣)].

وفى المنقول نصت المادة ٩٣١ مدنى على أنه إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما».

وبناء على ذلك يحكم القاضى بالملكية لأحد المالكين، وقد يقضى ببيع الشئ وقسمة الثمن بين الطرفين، وقد يقضى بأن تستمر الملكية شائعة بينهما ويتوقف الأمر على ظروف كل حالة وما يقدره القاضى.

وفى شأن العقارات، نصت المادة ٩١٨ مدنى على أن «الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين».

---

(١) م ١/٤٧ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤.

(٢) م ٨٦ من قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ حيث نصت صراحة على الغاء الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى.

(٣) راجع: منصور مصطفى منصور، حق الملكية، رقم ١١٣ ومابعدها، ص ٢٨١ ومابعدها.

والفرض هنا هو تحقق الالتصاق بأرض معينة، فإن لم يتحقق فلا مجال لتطبيق الحكم المذكور. ومن ناحية ثانية فإن الحكم لا يطبق على ما يتكون بطريقة غير تدريجية، ومن هذا القبيل ما تقتطعه مياه النهر، بقوة اندفاعها، من أراضى وتلقي به في مكان آخر، وهو ما يسمى بطرح النهر. وتخضع هذه الأراضى الأخيرة «طرح نهر» فى ملكيتها لأحكام القوانين الخاصة[١]. وقد نصت المادة ١١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٠ فى هذا الشأن على أن يكون «طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة. . .»[٢].

- وأخيراً نظمت المواد ٩٢٣ ومابعدها مسألة الالتصاق بين المنقول والعقار[٣]و[٤]. سواء ما يقيمه صاحب الأرض من منشآت بمنقولات مملوكة لغيره، أو ما يقيمه صاحب المنقولات من مبان على أرض الغير، فى فروض حسن النية وسوء النية.

---

(١) راجع: منصور مصطفى منصور، حق الملكية، رقم ١٢٥، ص ٣٠٤.

(٢) م٩٢١ مدنى: الأراضى التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون فى مجراه، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها.

(٣) راجع: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، رقم ١١٧ ومابعدها، ص ٢٨٧ ومابعدها.

(٤) يلاحظ أن الأمر ليس مقصوراً على الحيازة والاستيلاء والالتصاق، فإلى جانبها توجد الشفعة والميراث. كل ذلك، بطبيعة الحال فى اطار وقائع مادية رئيسية تؤدى إلى كسب الحق العينى فضلا عن المصادر الإرادية للحق العينى وهى العقد والوصية.

الباب الثانى

عناصـــر الحـــق

شخص الحق - محل الحق - حماية الحق

الفصل الأول

شخـــص الحـــق

١٣٨- يفترض الحق شخصاً يسند إليه، وأن هذا الشخص قد يكون إنساناً وقد يكون كياناً آخر، اقتضت الضرورة الاعتراف له بالشخصية القانونية، أي بالقدرة على مباشرة الحياة القانونية، وهو مايسمى بالشخص الاعتبارى أو المعنوي. وسنعرض لكل من النوعين فى مبحث مستقل:

المبحث الأول

الشخص الطبيعى

١٣٩- يتمتع الشخص الطبيعىّ بالشخصية القانونية منذ وجوده، ومعنى ذلك قابليته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. ووجود الإنسان فى مجتمع يعج بأمثاله، وافتراض قيامه بممارسة النشاط القانونى، توجب أن تقترن شخصيته بما يميزها عن غيرها من ناحية، وأن توضع لها، من ناحية أخرى، الأحكام المنظمة لمدى القدرة على التصرف، بما ينتج آثارا قانونية معترف بها.
وسنعرض فى المطالب التالية لمسائل ثلاث هى: النطاق الزمنى للشخصية القانونية بالنسبة للشخص الطبيعى، مميزات الشخصية وهى الاسم والحالة والموطن، وأخيراً عناصر الشخصية القانونية وهى الأهلية والذمة المالية.

المطلب الأول
النطاق الزمنى للشخصية القانونية
البند الأول
بدء الشخصية القانونية ونهايتها

١٤٠- تقضى المادة ٢٩ من القانون المدنى بأن بداية شخصية الإنسان تتحدد بتمام ولادته حياً. وقد يبدو مضمون هذا الحكم وكأنه حقيقة يستحيل التغيير فيها(١)، ولكن التاريخ بين لنا أن هذا المبدأ لم يكن دائما من المسلمات القانونية، فقد عرفت بعض التشريعات القديمة (القانون الرومانى) التفرقة بين الحر والعبد، فاقتصر الاعتراف بالشخصية القانونية على الأول دون الثاني، كما عرفت هذه التشريعات نظام الموت المدنى mort civil ومؤداه تجريد الفرد من شخصيته القانونية إذا حكم عليه بعقوبات معينة، بحيث تصفى أمواله وتوزع تركته ويمتنع عليه اكتساب الحقوق أو إجراء التصرفات القانونية.

ولكن هذه الأنظمة اندثرت فى العصور الحديثة وأصبح الاعتراف بالشخصية القانونية للإنسان حقيقة لا تحتمل النقاش.

---

(١) يقتضى هذا المبدأ ايضاح وضع الرهبان فى بعض الشرائع المسيحية، فمن المقرر وفقاً لشريعة الأقباط الأرثوذكس أن كل ما يكتسبه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة، عن غير طريق الميراث والوصية - يعتبر ملكاً للبيعة التى كرس حياته لخدمتها، وقد يثير هذا الحكم تساؤلا حول مدى اكتمال الشخصية القانونية للراهب؟ وقد حكمت محكمة النقض المصرية بأن الحكم المذكور لا يرجع إلى انعدام شخصية الراهب وإنما يرجع إلى أنه يعد طبقاً لقوانين الكنسية نائبا عن البيعة فى تملكه للأموال، وبالتالى فإن الراهب حين يتعاقد باسمه وباسم البيعة التى ينتمى إليها فإن للبيعة أن تتمسك بانصراف أثر العقد إليها ولا يكورن للطرف الآخر، المتعاقد مع الراهب، شأن فى ذلك مادام العقد قد انعقد صحيحاً مرتباً لكل آثاره: نقض مدنى ١٩٦٨/٦/٢٠ مجموعة النقض السنة ١٩-٢-ص ١٢٠٢.

وتكتسب الشخصية بتمام ولادة الإنسان، وتنتهي بوفاته أو بالحكم باعتباره كذلك على ما سنرى فيما بعد:

أولا: بدء الشخصية:

١٤١ - يكتسب الفرد الشخصية القانونية بمجرد تمام ولادته حيا، ومفهوم هذه القاعدة ضرورة أن ينفصل الجنين عن بطن أمه، وأن تثبت له الحياة بعد تمام هذا الانفصال. ويستوي بعد ذلك أن يستمر المولود متمتعا بالحياة أو أن يفقدها.. فالمهم هو ثبوت تمتعه بالحياة ولو للحظة بعد الولادة. ويترتب على ذلك أنه إذا مات الجنين فى بطن أمه أو أثناء الولادة، وقبل انفصاله، فإن الشخصية القانونية لا تثبت.

ويستدل على تمام الولادة مع الحياة بكافة الشواهد العملية والطبية، كبكاء الطفل، وحركته، وصراخه، وتنفسه للهواء الخارجي. ويشترط القانون الفرنسي[1] فضلا عن ذلك أن يولد الطفل قابلا للحياة Viable أي مستجمعا للعناصر اللازمة طبياً لاستمرار حياته وهي مسألة يمكن أن تكون محل خلاف من الناحية الطبية[2]. أما فى القانون المصرى فيكفى تمام الولادة مع الحياة ولا تشترط القابلية للاستمرار فى الحياة.. وإذا تحققت واقعة الميلاد مع الحياة

---

(١) مادة ٧٢٥ من القانون الفرنسي، ويترتب على هذا الحكم حرمان الطفل الحى من الشخصية القانونية إذا ولد غير قابل للحياة. والقانون الفرنسي يعترف للجنين فى بطن أمه بشخصية قانونية محدودة، ومعنى ذلك أن مصير هذه الشخصية لا يتوقف على ميلاد الطفل حياً فحسب بل وعلى ميلاده قابلا للحياة.

(٢) ومع ذلك ففى بعض الأحيان يكون الأمر مؤكدا فى حالة التشوهات الخطيرة فى القلب أو فى حالة استسقاء... الخ، وفى هذه الفروض لا يعترف للطفل بالشخصية القانونية - راجع كاربونييه - السابق ص ١٧٠ ومابعدها.

تثبت للمولود الشخصية القانونية المستقلة بحيث يمكن أن تنصرف إليه آثار الأعمال القانونية، ويثبت حقه في الميراث والوصية، كل ذلك في خلال الفترة التي يحياها مهما كانت قصيرة.

ونظراً لخطورة هذه الآثار يوجب القانون الابلاغ عن واقعة الميلاد إلى مكتب الصحة المختص في موعد لا يتجاوز ١٥ يوماً من تاريخ الولادة، فإذا لم يكن هناك مكتب صحة في الناحية التي حدثت فيها واقعة الميلاد تعين ابلاغ العمدة أو الشيخ في الناحية والذي يلتزم بدوره بابلاغ مكتب الصحة الذي يتبعه خلال ٧ أيام من ابلاغه بالولادة(١).

ثانيا: انتهاء الشخصية القانونية:

١٤٢- تنتهى الشخصية القانونية للإنسان بالوفاة (م ٢٩ من القانون المدنى) ولا تقل واقعة الوفاة أهمية عن واقعة الميلاد حيث يترتب عليها آثار هامة بالنسبة لحقوق المتوفى والتزاماته، لذلك يوجب قانون الأحوال المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ (م ٣٥) التبليغ عن الوفاة إلى مكتب الصحة فى الجهة التي تحدث فيها إذا وجد بها مكتب، فإذا لم يوجد يكون الابلاغ فى الجهات الصحية التى يحددها وزير الصحة بقرار منه أو إلى العمدة أو الشيخ خلال ٤٨ ساعة من وقت حصول الوفاة أو ثبوتها ويتعين على العمدة ابلاغ مكتب الصحة فور

---

(١) يقع واجب التبليغ عن أشخاص وجهات ذكرهم قانون الأحوال المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ (مادة ٢٠): والد الطفل إن كان حاضراً، والدة الطفل شريطة اثبات العلاقة الزوجية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية، مديرو المستشفيات والمؤسسات العقابية ودور الحجر الصحى وغيرها من الأماكن التى تقع فيها الولادات، من حضر الولادة من الأقارب والأصهار البالغين حتى الدرجة الثالثة على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية.

تبليغه بالوفاة[١].

وقد تنتهي الشخصية القانونية بما يسمى بالموت الحكمي، ففي بعض الفروض يحكم باعتبار الشخص ميتا رغم أن وفاته الحقيقية غير مقطوع بها وهو ما يتحقق في حالة المفقود التي سنعرض لها فيما بعد.

كانت تلك هي القاعدة في شأن ثبوت الشخصية القانونية للإنسان وتحديد نطاقها الزمني من حيث بدايتها ونهايتها. بيد أن هناك بعض الاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة. ووفقاً لاستثناء أول تثبت الشخصية في حدود معينة للجنين في بطن أمه، ووفقاً لاستثناء ثان تثبت الشخصية للإنسان في بعض حالات لا يمكن القطع فيها بوجوده على قيد الحياة أو بوفاته (المفقود). وأخيراً تعامل بعض التشريعات المتوفى كما لو كان حياً في صدد مظاهر محددة:

ونعرض لهذه الصور الثلاث على التوالي:

أولا - الاعتراف للجنين بشخصية محدودة ومقيدة:

١٤٣- نصت المادة ٢/٢٩ مدني على أن حقوق الحمل المستكن يعينها القانون، وقد حددت حقوق الحمل المستكن عدة نصوص قانونية، منها المادة ٤٢ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث حيث نصت على أن يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى[٢].

---

(١) ويكون التبليغ من المكلفين به على نسختين من النماذج المعدة لذلك (م ٢/٣٥ من القانون ١٤٣ لسنة ١٩٩٤).

(٢) يلاحظ ابتداء أن ثبوت الحق في الميراث يفترض بالضرورة ثبوت نسب الجنين لأبيه، وهنا الحكم يعد تعبيراً عن ضرورة منطقية وقانونية، ولا محل للاعتراض على ذلك بالقول بأن ثبوت النسب يكون عادة بعد الولادة، راجع في الموضوع محمود جمال الدين زكي، السابق، ص٣٧٦، هامش ٣.

كما نصت المواد ٣٥ و٣٦ من قانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية على جواز الايصاء للجنين (م ٢٨، ٢٩).

وأخيراً أجاز القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ (فى شأن الولاية على المال) للأب ولمن تبرع بمال للحمل، أن يعين وصياً مختاراً ليتولى الوصاية على مال الجنين، كما أجاز القانون للمحكمة فى حالة عدم وجود وصى مختار أن تعين وصيا[1].

ويلاحظ، فى صدد ما يثبت للجنين من حقوق، أنها، من ناحية، تنصرف إلى منفعته، بمعنى أنه لا مجال لتكليف الجنين بواجبات أو التزامات، ومن ناحية ثانية، فإن ثبوت الحقوق المذكورة معلق على شرط واقف هو تمام الولادة مع الحياة. فإذا توفى الجنين فى بطن أمه، أو توفى أثناء الولادة وقبل انفصاله، تخلفت الشخصية القانونية أصلا، وتعين توزيع الحقوق التى سبق حجزها له على ورثة مورث الجنين أو ورثة الموصى «حسب الأحوال».

ويثور التساؤل فى الفقه حول الأساس النظرى لاسناد بعض الحقوق إلى الجنين.

ويذهب **رأى أول** إلى أن أهلية الحمل المستكن لا تتوافر إلا بناء على نصوص استثنائية، فإن وجدت هذه النصوص فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها.

---

(١) ويجوز فضلا عن ذلك أن يعين الجنين مستفيدا من اشتراط لمصلحته، كما يجوز أن يعين مستفيداً من عقد تأمين على حياة أبيه، فقد نصت المادة ١٥٦ مدنى على أنه «يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة.

وتظهر أهمية هذا الاتجاه فى أنه يحرم الجنين من اكتساب الحقوق التى تتوقف على القبول، وبالتالى فلا تجوز الهبة للحمل المستكن لأن الهبة عقد يتم بتبادل الايجاب والقبول[1].

أما **الاتجاه الثانى** فإنه يذهب إلى التوسع في اسناد الحقوق إلى الجنين فيقرر أن له الحق فى اكتساب كافة الحقوق التى تؤول إليه بغير مقابل، فمظهر التقييد في شخصية الجنين هو حظر تحمله بأعباء أو التزامات.

أما الحقوق التى لا مقابل لها فتثبت دائماً لا فرق فى ذلك بين الحقوق التى تحتاج إلى قبول وبين تلك التى لا تحتاج إلى ذلك[2]. وينبنى على هذا الرأى جواز الهبة للجنين على أن يقبلها الوصى نيابة عنه.

ويدعم هذا الرأى أن المادة ٢٨ من قانون الولاية على المال أجازت تعيين وصى مختار للجنين، كما أجازت المادة ٢٩ من ذات القانون للمحكمة فى حالة النزاع أن تعين للجنين وصياً.

ومفاد هذه الأحكام أنه لا وجه للتفرقة بين الحقوق التى تحتاج إلى قبول وغيرها ؛ فالوصى يحل محل الجنين فى قبول الهبات.

ويترتب على ما سبق أن تصبح للجنين شخصية محددة يكتسب بمقتضاها

---

(١) راجع: جميل الشرقاوى، السابق، ص ٢٨٦ و٢٨٧ - عبد الحى حجازى، السابق، رقم ٤٣٢ ومابعدها، ص ٣٩٣ ومابعدها - عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية الحق، ١٩٥٧، رقم ٤٨، ص٦٠.

(٢) راجع: أحمد سلامة، السابق، رقم ٨٥- اسماعيل غانم، محاضرات فى النظرية العامة للحق، ١٩٥٨، ص ١٧٣-١٧٤ - حسن كيرة، المدخل، رقم ٢٦٤، ص ٥٠٧ ومابعدها.

كل الحقوق التى تتمخض عن منفعة بحتة له[1]، فالاعتراف للجنين بالشخصية القانونية لا يمكن أن يضره.

وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى المعنى السابق حيث قضت بأن يتمتع الحمل المستكن بالشخصية القانونية، متى تمت له حياً وقابلاً للحياة، فى كل حالة يتمخض لذلك عن منفعة له، ويثبت له بالتالى الحق فى الحصول على مستحقات التأمين الاجتماعى إذا توفى والده أثناء الحمل أثر حادث من حوادث العمل[2].

ثانيا - ثبوت الشخصية القانونية رغم عدم التيقن من حياة الشخص:

حالة المفقود (الوفاة الحكمية):

١٤٤ - قد يتغيب الشخص عن موطنه فترة طويلة وتنقطع أخباره بحيث لا يمكن التأكد من حياته أو وفاته. ويترتب على هذا الوضع بعض المساوئ على مستوى الحالة الشخصية وعلى مستوى الأحوال المالية. فبالنسبة لشئون الحالة الشخصية قد تتضرر الزوجة من الغيبة الطويلة، وقد أعطى لها القانون الحق فى طلب تطليقها طلاقا بائنا بحكم من المحكمة بعد سنة من الغياب[3] (م ١٢ من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩)، ويحكم القاضى بالتطليق متى ثبت له تضرر الزوجة من الغياب حتى ولو كان الزوج الغائب قد ترك لزوجته ثراء ماليا ملموسا، أما بالنسبة للمسائل المالية فقد نص قانون الولاية على المال على أنه

---

(١) راجع فى القانون الفرنسى كاربونييه، السابق، ص ١٧٠ ومابعدها - مازو، السابق، رقم ٤٤٣.

(٢) نقض فرنسى ٢٤ أبريل عام ١٩٢٩ فى داللوز ١٩٢٩، ص ٢٩٧.

(٣) إذا كان الغياب بلا عذر مقبول.

إذا مضت سنة على غياب الشخص وترتب على ذلك تعطيل أمواله فإن على المحكمة أن تحكم بتثبيت الوكيل الذى يكون الغائب قد عينه قبل الغياب، وذلك إذا توافرت فى هذا الوكيل شروط الوصى.

فإذا لم يكن الغائب قد عين وكيلا فللمحكمة من جانبها أن تعين وكيلا لإدارة الأموال (راجع مواد ٧٤، ٧٥ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

والوضع السابق لا يمكن أن يستمر إلى فترة غير محددة، فلابد بعد مدة معينة من البت فى مصير الغائب، فبعد هذه المدة يصبح الغائب مفقوداً، وقد نصت المادة ٣٢ مدنى على أن يسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية، والقوانين الخاصة التى تنظم هذا الموضوع هى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ ومن بعده القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٥)[(١)].

ويتضح من هذا الحكم أن القانون قد فرق، كقاعدة عامة، بين فرضين:

الفرض الأول: أن يفقد الشخص ظروف يغلب فيها الهلاك: ومن قبيل ذلك أن يفقد الشخص فى حالة حرب أو أثناء كارثة، كزلزال أو حريق أو فيضان، وهنا يحكم القضاء باعتبار الشخص ميتا بعد أربع سنوات على غيبته، ويشترط فى هذه الحالة ألا توجد قرائن تناقض افتراض غلبة الهلاك

---

(١) وجاء تعديل سنة ١٩٥٨ للتيسير على المفقودين من أفراد القوات المسلحة ونص القانون ١٠٣ على أن يصدر باعتبار المفقود ميتا قرار من وزير الحربية، وذلك بدلا من الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم وقد أشارت الأعمال التحضيرية للقانون المذكور إلى أن الهدف من هذا التعديل هو توفير الجهد على زوجات المفقودين من رجال القوات المسلحة. ثم جاء تعديل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ بعد غرق الباخرة سالم اكسبريس فى البحر الأحمر ليدخل تعديلا جديدا، معروض فى المتن فى الصفحة التالية.

(بالنسبة لأفراد القوات المسلحة الذين يفقدون أثناء العمليات العسكرية يختص وزير الحربية باصدار قرار باعتبار المفقود ميتاً بعد مضى الأربع سنوات وقد جاء بهذا الحكم قانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ تيسيراً على عائلات الشهداء).

غير أن غرق العبارة سالم اكسبريس فى البحر الأحمر اقتضى تعديلا تشريعياً على الحكم السابق بمقتضى القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ (تعديلا لبعض أحكام القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩). **وقد نص هذا التعديل على أن يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقده، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان فى طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية**[1].

ويصدر رئيس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك، قرار بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً فى حكم الفقرة السابقة ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود، وتترتب عليه آثاره من تاريخ نشره.

الفرض الثانى: أن يفقد الشخص فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك: مثال ذلك أن يفقد الشخص أثناء سفر عادى للتجارة أو للسياحة أو للعلم. وقد فوضت المادة ٢١ الأمر فى هذه الحالة للقاضي ليحكم باعتبار المفقود ميتاً

---

(١) أثيرت مسألة المدة من جديد مع حادث احتراق قطار الصعيد سنة ٢٠٠١ والمآسى التى ظهرت نتيجة ذلك.

بعد مضى المدة التى يقدر كفايتها، ولا يصدر القاضى حكمه إلا بعد التحرى بكل الطرق الممكنة عن حياة الشخص ورجحان الهلاك على الحياة. ولم يحدد القانون مدة معينة يصدر الحكم بعد مرورها بل ترك الأمر للقضاء، غير أنه لا يجوز أن تقل هذه المدة عن أربع سنوات، لأن هذه المدة هى الحد الأدنى فى حالة الغيبة فى ظروف يغلب فيها الهلاك فيجب الالتزام بها - من باب أولى - فى الفرض المخالف.

ثالثا - امتداد الشخصية القانونية بعد الوفاة:

١٤٥- تعرف بعض التشريعات نظام امتداد الشخصية القانونية بعد الوفاة لتحقيق أغراض محددة[١].

ويقدم لنا القانون الفرنسي مثلا فريداً للفكرة السابقة، فقد أجازت المادة ١٧١ من القانون الفرنسى ابرام عقد زواج من شخص سبق أن توفى. فقد نصت هذه المادة على أنه إذا توفى أحد المتواعدين على الزواج يجوز للطرف الآخر إذا توافرت شروط معينة أن يطلب «ابرام عقد الزواج بالمتوفى» والهدف من هذا النظام هو تحقيق بعض المصالح التى قدر المشرع الفرنسى أنها جديرة بالحماية القانونية خاصة مصلحة الجنين الذى تم الحمل به قبل ابرام عقد الزواج، واعطائه بالتالى حالة الطفل الشرعى.

وقد أحالت المادة ١٧١ مدنى فرنسى السابق ذكرها على رئيس الجمهورية ليأذن بابرام العقد المشار إليه، كما وضعت الشروط اللازم توافرها وهى:

---

(١) يمكن أن نشير فى هذا المقام إلى مذهب الفقه الحنفى الذى يرى ابقاء الشخصية القانونية ممتدة بعد الوفاة امتدادا اعتباريا إلى أن يتم تصفية التركة وتسديد ماعليها من ديون. راجع: حسن كيرة، المدخل، رقم ٢٦٥، ص ٥٠٤.

- أن تتوافر أسباب خطيرة لاعطاء الإذن. وأهم سبب هو حالة الحمل.

- أن يكون الاعلان الرسمى الخاص بالشروع فى ابرام الزواج قد تم فعلا، ويؤدى هذا الشرط إلى اقتصار النظام الوارد بالمادة ١٧١ مدنى فرنسى على الحالات التي يكون الزواج فيها قد أصبح وشيك الحدوث.

- أن النظام المذكور لا يؤدى إلى ترتيب أى أثر فيما يتعلق بالميراث كما لا يؤدى إلى نشأة أى نظام مالي بين طرفى العقد.

ومعنى ذلك أن الأثر الرئيسى الذى يترتب على الوضع السابق هو اضفاء الشرعية على الطفل عند ولادته، كما أنه يؤدى إلى اعتبار الزوجة أرملة بدلا من أم «آنسة» وهو وضع أفضل من الناحية الاجتماعية.

البند الثانى

آثار انقضاء الشخصية القانونية

(أ) آثار الشخصية القانونية فى حالة الوفاة الطبيعية:

١٤٦- تثير مسألة انقضاء الشخصية القانونية مشكلة تحديد مصير التزامات المتوفى وحقوقه، ويفرق فى صدد حقوق الشخص بين مجموعات ثلاث:

الأولى: هى مجموعة الحقوق اللصيقة بالشخصية،

الثانية: هى الحقوق المالية التى يراعى فيها الاعتبار الشخصى،

الثالثة: هى الحقوق المالية البحتة.

وبالنسبة للحقوق الملازمة للشخصية فإنها تنقضى بوفاة الشخص، فهى حقوق لصيقة بالشخص وهى، بحكم طبيعتها تلك، لا تنتقل من الشخص إلى غيره.

أما الحقوق والالتزامات المالية التى يراعى فى اسنادها إلى الشخص الاعتبارات الشخصية فإنها تنقضى بدورها بالوفاة، ذلك أن الفرض فى هذه الحقوق أن شخصية صاحبها (المتوفى) عنصر جوهرى فى اسنادها إليه. ومن قبيل هذه الحقوق الحق فى السكن، حق الانتفاع، والالتزام بالقيام بالعمل (مادياً كان أو فنياً أو ذهنياً).

أما بالنسبة للحقوق والالتزامات المالية البحتة التى لا يراعى فى تقريرها الاعتبار الشخصى، فالأصل أنها لا تنقضى بالوفاة ولكنها أيضا لا تنتقل نهائيا إلى الورثة مادامت ديون المتوفى لم يتم سدادها. وقد حاول البعض أن يضع مشكلة التركة، فى هذه المرحلة الانتقالية، فى اطار صياغة منطقية تفسر عدم انتقالها إلى الورثة، وعدم بقائها على ذمة المتوفى، فقالوا بأن شخصية المتوفى تمتد امتداداً حكمياً إلى أن يتم تسديد الديون[1]، غير أن هذا المذهب يصطدم بصريح نص المادة ٢٩ من القانون المدنى التى تقضى بانتهاء الشخصية بالوفاة[2]، كما يتعارض مع نص المادة الأولى من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ التى تنص على استحقاق الارث بموت المورث، كما يلاحظ أن التحليل المشار إليه لا تقتضيه ضرورة عملية أو منطقية، فإذا كان الهدف هو المحافظة على مصلحة الدائنين، من ناحية، واعفاء الوارث من أن يتحمل هذه الديون فى ذمته الخاصة من ناحية أخرى، فإن هذه الأهداف يمكن تحقيقها بغير الطريق السابق نقده.

ذلك أن مبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون يمكن تفسيره على أساس

---

(١) وهو كما سبقت الاشارة مذهب الفقه الحنفى.

(٢) حسن كيرة، السابق، رقم ٢٦٥ ص ٥١٠.

أن لا تركة خالصة للوارث إلا بعد سداد الديون[1]، وبالتالى تنتقل التركة إلى الورثة، غاية الأمر أن الورثة لا يلتزمون بديون التركة إلا فى حدود ما آل إليهم من حقوق، فإن كانت ديون التركة أكثر من حقوقها فلا مسئولية شخصية على عاتق الوارث، وإن كان العكس آل له ما تبقى خالصا[2].

(ب) آثار انقضاء الشخصية القانونية فى حالة الوفاة الحكمية:

١٤٧- إذا صدر الحكم (أو القرار الوزارى بالنسبة لرجال القوات المسلحة أو قرار رئيس الوزراء) باعتبار المفقود ميتاً فإن شخصيته القانونية تنقضى شأنها فى ذلك شأن الشخصية التى تنقضى بالوفاة الحقيقية. والأصل فى تحديد تاريخ الوفاة هو بتاريخ صدور الحكم القضائي، غير أن المشرع المصرى قد خرج على هذا الأصل فى حالات معينة اعتبر فيها المفقو ميتا من تاريخ فقده لا من تاريخ صدور الحكم.

فقد اعتد المشرع المصرى بتاريخ الحكم فيما يضر المفقو واعتد بتاريخ الفقدفيما يضر غيره.

الأصل فى تاريخ اعتبار المفقود ميتا:

١٤٨: يعد المفقود ميتا، كما أشرنا، من تاريخ صدور الحكم باعتباره كذلك، ويعامل منذ هذا التاريخ معاملة من مات حقيقة، وبالتالي فقبل صدور الحكم تبقى أموال المفقود على ذمته، ويعين القاضى وكيلا لإدارتها والمحافظة عليها (م ٧٤-٧٦ من قانون الولاية على المال). وتظل زوجة المفقود على ذمته

---

(١) حسن كيرة، السابق، ص ٥١٠.

(٢) أحمد سلامة، السابق، رقم ٨٧، ص ١٥٢ - اسماعيل غانم، السابق، ص ٧٤.

حتى صدور الحكم، إلا إذا تم تطليقها لتضررها من الغياب على النحو الذى سبقت الاشارة إليه.

كما يوقف للمفقود قبل صدور الحكم، نصيبه فى الميراث أو الوصية الذى يستحقه من الغير.

أما منذ صدور الحكم فيعتبر المفقود ميتا، وتعتد زوجته عدة الوفاة وتستطيع الزواج بعد انقضاء العدة، كما توزع تركة المفقود باعتباره ميتا على ورثته الموجودين على قيد الحياة وقت صدور الحكم[1].

اعتبار المفقود ميتاً منذ فقده فى بعض الحالات:

١٤٩- يعتبر المفقود ميتا منذ فقده بالنسبة لما يضر غيره، وهو ما يتحقق بالنسبة لما يستحقه من ميراث أو وصية[2]، فالنصيب الذى سبق حجزه له يرد إلى ورثة المورث أو الموصى الذين كانوا أحياء وقت وفاة ذلك المورث أو الموصى، لكى يوزع عليهم، ويفيد هذا الحكم أن المفقود اعتبر بالنسبة لأموال غيره فى حكم الميت منذ تاريخ فقده خروجا على أصل الاعتداد بتاريخ الحكم.

ظهور المفقود حياً:

١٥٠- قد يظهر المفقو حياً بعد صدور الحكم بوفاته وترتيب الآثار السابق الاشارة إليها. وفى هذه الحالة من حق المفقود أن يسترد أمواله ممن تلقاها بالميراث، كما أن له أن يسترد نصيبه الذى كان مستحقا له من إرث أو وصية

---

(١) راجع: مادة ٢٢ من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(٢) التى يكون قد تم حجزها إلى أن يتقرر مصيره.

والذى كان محجوزا له قبل الحكم بوفاته. غير أن من تلقى مالا نتيجة لاعتبار المفقود ميتا قد يكون قد تصرف فيه، وفى هذه الحالة يقتصر حق المفقود العائد فى الاسترداد على حالة التصرف بسوء النية.

أما إذا كان من تلقى مالا قد تصرف فيه بحسن نية فلا حق للعائد فى الاسترداد أو فى التعويض.

أما بالنسبة للزوجة فإن علاقتها بزوجها تعود إلى الاستمرار مادامت لم تتزوج من الغير.

أما إذا كانت الزوجة قد تزوجت من الغير فلا تعود إلى زوجها إلا فى حالات ثلاث:

١- فى حالة حدوث الزواج الثانى أثناء عدة الوفاة التقديرية التى تعقب الحكم باعتبار المفقود ميتا، ففى هذه الحالة يعد عقد الزواج الثانى باطلا.

٢- حالة عدم الدخول بالزوجة وفقا لعقد الزواج.

٣- حالة حدوث دخول بالزوجة مع علم الزوج الثانى ببقاء المفقود على قيد الحياة، ففى هذه الحالة يعد الزوج الثانى سئ النية ويرد عليه قصده[1].

ملحق - حكم نقض مدنى فى ٢٠ يونيو سنة ١٩٦٨ فى شأن الشخصية القانونية للراهب:

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل فى

---

(١) راجع: أحمد سلامة، السابق، ص ١٤٤ - اسماعيل غانم، السابق، ص ١٧٧ - جلال العدوى وتوفيق فرج، السابق ٩٢، ٩٣ - حسن كيرة، السابق، ص ٥١٥ - محمود جمال زكى، السابق، ص ٣٨.

أن المطعون ضده الأول أقام على الطاعنة بصفتها والمطعون ضدها الثانية الدعوى رقم ٣٣١٥ سنة ١٩٥٩ مدني كلي القاهرة طالباً الحكم بصحة ونفاذ عقدى البيع العرفيين المؤرخ أولهما في ٢ سبتمبر سنة ١٩٤٨ والمؤرخ ثانيهما في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٥ والمتضمنين بيع المرحوم و. ك له قطعتي الأرض المبينتين بصحيفة الدعوى مقابل ثمن قدره ١٥٠٠ ج للأرض المبيعة بالعقد الأول و ٧٠٠ ج للأرض المبيعة بالعقد الثاني وقال بياناً للدعوى إن البائع قد قبض الثمن المسمى في العقدين وتوفي في ٢٧ أغسطس سنة ١٩٥٨ قبل تحرير العقد النهائي. وإذا امتنع ورثته وهم زوجته الطاعنة وأولاده القصر المشمولين بوصايتها ووالدته المطعون ضدها الثانية عن التوقيع له على هذا العقد فقد اضطر لإقامة الدعوى بطلباته سالفة الذكر ولدى نظر الدعوى قررت الطاعنة بجهلها توقيع مورثها على العقد الثاني وحلفت اليمين بعدم العلم كما طعنت ببطلان العقدين لانعدام أهلية المشترى للتملك بمقولة إنه كان وقت التعاقد راهبا وأن الراهب بحكم النظام الكنسي يتجرد من كل أمواله ويصبح غير أهل للتملك، وطعنت أيضا بالصورية في العقد الأول. وبتاريخ أول فبراير سنة ١٩٦٠ قضت محكمة القاهرة الابتدائية برفض الدفع بالبطلان والدفع بالصورية وأحالت الدعوى إلى التحقيق ليثبت المشترى صدور العقد المؤرخ ٩ سبتمبر ١٩٥٥ من مورث الطاعنة وندبت قسم أبحاث التزييف والتزوير بمصلحة الطب الشرعي لمضاهاة امضاء البائع على امضاءاته الثابتة على ثلاثة عقود مسجلة وبعد أن قدم ذلك القسم تقريره الذى انتهى فيه إلى صحة التوقيع وبعد أن سمعت تلك المحكمة شهود الطرفين حكمت بتاريخ ٢٣ يناير سنة ١٩٦٢ برفض الطعن بالتجهيل وأحالت الدعوى إلى المرافعة لنظر الموضوع. وبعد أن سمعت دفاع الطرفين قضت بتاريخ ١٩ فبراير سنة ١٩٦٢ بصحة ونفاذ عقدى البيع سالفي الذكر. استأنفت الطاعنة هذا الحكم لدى محكمة استئناف القاهرة بالاستئناف رقم ٩١١ لسنة ٧٩ ق. وبتاريخ ٢٦ مايو سنة ١٩٦٤ قضت تلك المحكمة بتأييد الحكم المستأنف فطعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض. وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن وبالجلسة المحددة لنظره أمام هذه الدائرة تمسكت النيابة بهذا الرأى.

وحيث أن الطعن بنى على أربعة أسباب تنعى الطاعنة في السبب الأول منها على الحكم المطعون فيه البطلان. وفى بيان ذلك تقول إن المادة ١٠٢ من قانون المرافعات قد أوجبت على كاتب المحكمة اخبار النيابة كتابة بمجرد قيد الدعوى في الحالات المنصوص عليها في المادتين ٩٩ و ١٠٠ من قانون المرافعات، ومنها القضايا الخاصة بالقصر. ولما كان كاتب المحكمة الاستئنافية قد أغفل إخبار النيابة وترتب على ذلك عدم تدخلها في الاستئناف لعدم علمها به فإن الحكم المطعون فيه يكون باطلا وإنه من حقها بصفتها وصية على القصر وهم أصحاب المصلحة التمسك بهذا البطلان.

وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن هدف الشارع من تدخل النيابة في القضايا الخاصة

بالقصر إنما هو رعاية مصلحتهم، وعلى ذلك فإن البطلان المترتب على اغفال كاتب المحكمة اخبار النيابة بهذه القضايا يكون بطلانا نسبيا مقررا لمصلحة القصر ومن ثم يتعين عليهم التمسك به أمام محكمة الموضوع فإن فاتهم ذلك فلا يجوز لهم التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض. لأن عدم تمسكهم به أمام محكمة الموضوع يعتبر تنازلا منهم عن حقهم فيه. ولما كان الثابت من الملف المضموم أن القصر المشمولين بوصاية الطاعنة لم يثيروا هذا البطلان أمام المحكمة الاستئنافية فإن ابداءهم له أمام محكمة النقض يكون غير مقبول.

وحيث إن حاصل السبب الثاني أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون وفى بيان ذلك تقول الطاعنة إن المشترى «المطعون ضده الأول» كان وقت التعاقد ولا يزال راهباً وأنه وفقا لأحكام الرهبنة المعترف بها فى مصر لا يجوز للراهب أن يمتلك مالا وإنما يؤول كل ما يملكه للكنيسة التى انخرط في زمرتها. ولما كان الثابت من العقدين أن المشترى تعاقد بصفته الشخصية كما أقام الدعوى بهذه الصفة فإن البطلان يلحق البيع لأنه ممنوع من الشراء لنفسه بحكم كونه راهبا ولا يرفع هذا البطلان أن الراهب لا يفقد أهلية التعاقد لأن تلك الأهلية تصبح قاصرة على التعامل باسم الكنيسة فإن أفصح عن أنه يتعاقد بصفته الشخصية لا نيابة عنها لحق البطلان تعاقده. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة ونفاذ عقدى البيع فإنه يكون قد خالف القانون.

وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أنه وإن كان نظام الرهبنة لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس - وهو على ما جرى به قضاء هذه المحكمة معترف به فى مصر - يقضى بأن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة من غير طريق الميراث أو الوصية يعتبر ملكاً للبيعة التى كرس حياته لخدمتها فإن ذلك لا يرجع إلى انعدام شخصية الراهب، وإنما إلى أن الراهب يعتبر طبقا لقوانين الكنيسة نائبا عن البيعة فى تملكه لهذه الأموال وعلى ذلك يكون للراهب الحق فى أن يتعاقد باسمه أو باسم البيعة التى ينتمى إليها ويكون للبيعة فى الحالة الأولى أن تتمسك بانصراف أثر العقد إليها ولا يكون للمتعاقد مع الراهب شأن فى ذلك مادام العقد قد انعقد صحيحا مرتباً لكل آثاره. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، فإن النعى عليه بهذا السبب يكون فى غير محله.

المطلب الثانى

مميزت الشخصية

١٥٢- تتميز شخصية الفرد بين غيره من الأفراد فى المجتمع بمجموعة من العناصر والمحددات، وأهم هذه المميزات هى الاسم والموطن والحالة.

ونعرض فيما يلى لكل من هذه المميزات فى بند مستقل:

البند الأول

اسم الشخص

أولا: تعريف الاسم وأنواعه:

١٥٢- يمكن تعريف الاسم بأنه كلمة تنطق وتكتب تختارها الأسرة للطفل عند ولادته وتسجل له فى سجلات الحالة المدنية، ويعد الاسم، على النحو السابق، مميز أساسياً من مميزات الفرد، كما أنه يحقق ضرورة من ضرورات الحياة الاجتماعية حيث يتم الاعتماد عليه من بين عناصر أخرى، لتفريد الأشخاص ومنع اختلاط بعضهم بالبعض الآخر.

وقد نظم المشرع المصرى اتخاذ الأسماء فى المواد ٣٨، ٣٩، ٥١ من القانون المدنى.

والمقصود بالاسم هو معناه الواسع الذى يشمل الاسم الشخصى واللقب الذى يشترك فيه أفراد العائلة[١]. ويضاف إلى الاسم بالمعنى المذكور اسم الشهرة والاسم المستعار.

---

(١) حسن كيرة، رقم ٢٨٥، ص ٥٢٥.

١- الاسم الشخصى:

تنص المادة ٣٨ من القانون المدنى على أن يكون لكل شخص اسم. . ، ويتعين على الأسرة أن تضفى على المولود اسما محددا، وقد نصت المادة ٢٢ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤[١]، على[٢] أنه لا يجوز اشراك أخوين أو أختين من الأب فى اسم واحد، كما لا يجوز أن يكون الاسم مركباً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة أو لأحكام الشرائع السماوية[٣].

وتتولى الأسرة اختيار الاسم بكامل حريتها، ولا يرد على حريتها فى هذا الشأن سوى قيد النظام العام والآداب العامة والدينية[٤]. والحق أن هذه الحرية

---

(١) محمود جمال الدين زكى، السابق، رقم ٢٩٠ ص ٢٨٢.

(٢) الأصل أن يكون الاسم الشخصى من كلمة واحدة، ومع ذلك فلا مانع قانونا من أن يكون اسم الفرد مركبا من كلمتين، ولكن المشرع ارتأى منع الأسماء المركبة، كما أشرنا فى المتن.

(٣) إذا اختلف الأب والأم حول تسمية الطفل فالقاعدة أن من سلطة الأب أن يختار الاسم بمقتضى السلطة الأبوية على الأسرة، والقوامة التى يمارسها فى مواجهة زوجته «الرجال قوامون على النساء».

(٤) فى القانون الفرنسى توجد قاعدة تقضى باختيار الأسماء من بين قائمة تتضمن الأسماء المألوفة وأسماء الشخصيات التاريخية، وقد صدر بهذه القائمة منشور وزارى سنة ١٨٩٥، والهدف من هذا التحديد هو عدم ترك الآباء أحرار فى اختيار أسماء قد تسئ إلى الطفل لتفاهتها أو ما تحمله من معان سيئة، ومع ذلك فإن موظفى الحالة المدنية قد أدخلوا قدراً من المرونة على القائمة المذكورة، وقد تأكد هذا التطور باصدار تعليمات إدارية بمراعاة التطورات الاجتماعية والظروف الإقليمية لاعطاء قدر من الحرية فى اختيار الأسماء. راجع مازو، السابق، رقم ٥٤٥، ص ٥٥٢.

يلاحظ أنه بالنسبة للأبناء غير الشرعيين ومجهولى الأبوين نصت المادة ٢٥ من قانون الأحوال المدنية على أنه «إذا عثر على طفل حديث الولادة مجهول الوالدين يسلم فوراً بالحالة التى عثر عليه بها لإحدى الجهات الآتية:

يجب أن تقتصر على الحدود التى لا تؤدى إلى اختيار اسم يسئ أخلاقيا إلى الطفل أو يؤدى إلى المتاعب النفسية عند الكبر[١].

٢- اللقب:

اللقب هو اسم الأسرة التى ينتمى إليها الشخص، وقد أوجبت المادة ٣٨

=

١- إحدى المؤسسات المعدة لاستقبال حديثى الولادة.

٢- جهة الشرطة (مركز - قسم - نقطة شرطة) التى عثر عليه بدائرة اختصاصها.

٣- العمدة أو الشيخ فى القرى.

وفى جميع الأحوال يتم تسليم الطفل لإحدى المؤسسات المعدة لاستقبال الأطفال حديثى الولادة، واخطار جهة الشرطة التى يتعين عليها تحرير محضر بالواقعة وندب طبيب الجهة الصحية لتوقيع الكشف الطبى عليه، وإذا رغب أحد والدى الطفل الاقرار بأبوته أو أمومته وجب عليه أن يتقدم بطلب إلى جهة الشرطة التى عثر عليه فى دائرتها.

وتنص المادة ٢٦ من القانون على أن يكون قيد الطفل غير الشرعى طبقاً للبيانات التى يدلى بها المبلغ وعلى مسئوليته عدا اثبات اسمى الوالدين أو أحدهما فيكون بناء على طلب كتابى ممن يرغب منهما.

وتنص المادة ٢٧ من القانون على أنه استثناء من حكم المادة السابقة على أنه لا يجوز اثبات اسم الوالد أو الوالدة أو كليهما بالتبليغ فى الحالات الآتية:

١- إذا كان الوالدان من المحارم فلا يذكر اسماهما.

*- إذا كانت الوالدة متزوجة وكان المولود من غير زوجها فلا يذكر اسمها.

٣- بالنسبة لغير المسلمين إذا كان الوالد متزوجا وكان المولود من غير زوجته الشرعية فلا يذكر اسمه، إذا كانت الولادة قبل الزواج أو بعد فسخه.

- وقد نصت المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية على أن تقوم الجهة الصحية التى تتسلم الطفل بتقدير سن الطفل وتحديد نوعه وتسميته رباعيا بمعرفة طبيب الصحة المختص (ذكر اسم رباعى للأب واسم رباعى للأم).

(١) ذلك أن أجمل ما يكون للشخص هو اسم محترم: عبد الحى حجازى، السابق، ص ١٧٣، وعن فيكتور هوجو: وهل هناك أسوأ من أن يخجل الإنسان من ذكر اسمه؟

مدنى علي الأفراد اتخاذ اللقب العائلى الذى يشترك فيه الفرد مع غيره من أفراد الأسرة[١]. ويعد اسم الأسرة (اللقب) أكثر أهمية من الناحية الاجتماعية، فى بعض الدول، خاصة دول أوروبا الغربية، غير أن هذا الوضع لا يتحقق بذات المستوى فى المجتمع المصرى، لذلك أحالت المادة ٣٩ مدنى على قانون خاص لتنظيم كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها، غير أن مثل هذا القانون لم يصدر حتى الآن، وبالتالى بقى نص المادة ٣٩ معطلا.

وتبدو أهمية اتخاذ الألقاب فى أنها وسيلة اضافية لتمييز الأفراد ومنع اختلاطهم، ففى مصر توجد أسماء كثيرة متشابهة، وادخال نظام الألقاب قد يؤدى إلى الاقلال من حالات التشابه إلى حد كبير[٢].

٣- اسم الشهرة:

هو اسم يختلف عن الاسم الأصلى ويشتهر به الشخص بين الناس، ولا يعد اسم الشهرة اسما رسميا، وبالتالى يبقى للشخص اسمه الحقيقى فى المعاملات الرسمية، ولذلك فإن اسم الشهرة لا يرد ذكره فى شهادات الميلاد أو بطاقات تحقيق الشخصية، ومع ذلك فإن حماية الاسم الحقيقى تمتد لتغطى اسم الشهرة، حيث يجوز للشخص أن يدافع عنه ضد الاعتداء أو المنازعة بغير مبرر. وأخيراً فإن من حق الشخص أن يغير الاسم الحقيقى ويستبدل به اسم الشهرة، فيحل الثانى محل الأول، ويتم التغيير وفقا لإجراءات قانونية محددة.

---

(١) «لقب الشخص يلحق أولاده» م ٣٨ مدنى.

(٢) راجع: أحمد سلامة، السابق، رقم ٩٥، ص ١٦٥.

٤- الاسم المستعار:

وهو اسم يتخذه الإنسان لنفسه، غير اسمه الحقيقى، بمناسبة نشاط معين مهنى أو فنى أو أدبى، وغالبا ما يكون الهدف من الاسم المستعار هو اخفاء الشخصية الحقيقية للشخص، كالفنان أو الكاتب الناشئ الذى يريد اختبار مدى نجاح عمله قبل الكشف عن شخصيته الحقيقية، ويكفل القانون للاسم المستعار ذات الحماية التى يكفلها للاسم الحقيقى واسم الشهرة[١].

ونظراً لأن الاسم المستعار ليس اسماً حقيقياً فإنه لا ينتقل إلى أبناء الشخص. ويثير الاسم المستعار بعض المشاكل فى العمل. ذلك أن هذا الاسم قد يطابق اسما حقيقيا لشخص آخر، ويؤدى استخدامه بالتالى إلى الإضرار بهذا الأخير. ويتحقق الضرر في مثل هذا الفرض فى الحالات التى يمارس فيها كل من الشخصين (صاحب الاسم الحقيقى وحامل الاسم المستعار)، ذات النشاط الذى يمارسه الآخر. كما يتحقق الضرر فى كل حالة يؤدى فيها استخدام الاسم المستعار إلى الخلط بين الأشخاص[٢]. ويلاحظ أن مجرد مضى مدة طويلة على استخدام الاسم المستعار لا يكفى فى حد ذاته لحماية حامله فى مواجهة أصحاب الاسم الحقيقى[٣]، كما أن مضى المدة لا يؤدى إلى اختفاء الاسم الحقيقى رسميا، ويظل للشخص، نتيجة لذلك، أن يكشف عن اسمه الحقيقى فى أى وقت يشاء[٤].

---

(١) راجع: محكمة باريس ٢٥ أكتوبر عام ١٩٦١ فى الأسبوع القانونى ١٩٦١/٢/١١٣٧٧.

(٢) راجع نقض فرنسى ٢٣ فبراير ١٩٦٥ فى داللوز ١٩٦٥-٣٨٧ والتعليق، وراجع تعليق الأستاذ Nepveu فى الأسبوع القانونى ١٩٦٥/١٤٢٥٥.

(٣) راجع: حسن كيره، المدخل ص ٥٢٥ وراجع فى مبدأ جواز استخدام الأسم الحقيقى اسما مستعارا لشخص آخر- محكمة السين ٧ ديسمبر عام ١٩٥٥ فى دالوز ١٩٥٦/١٣١.

(٤) راجع: أحمد سلامة، السابق ص ١٦٦ - عبد الحى حجازى، السابق، رقم ١٩٠ ومابعدها، ص١٨١ ومابعدها.

٥- الاسم التجارى:

وهو الاسم الذى يتخذه المحل أو المنشأة التجارية. ويعد هذا الاسم عنصراً من عناصر المحل التجارى المالية. فالتجارة هى نشاط مستمر وثابت فى أغلب الحالات، وهى تقوم على الثقة فى التاجر وتجارته، لذلك يعد الاسم الذى يتخذ للتجارة غاية فى الأهمية، فبه ترتبط الثقة فى النشاط، ومن هذه الثقة يتخذ أهميته بوصفه عنصراً مالياً يستقطب قطاعا معينا من قطاعات جمهور المتعاملين.

وقد يتخذ التاجر من اسمه الشخصى، أو اسم عائلته، اسما تجاريا. وفى هذه الحالة يتعين التفرقة بين كل من الاستعمالين، فالاستعمال الشخصى هو الاسم الحقيقى الذى يتمتع بحماية القانون المدنى بوصفه من الحقوق اللازمة للشخصية، أما الاستعمال التجارى فإنه يدخل فى مكونات المحل التجارى. والاسم التجارى، على هذا النحو الأخير، لا يجوز أن يكون محلا لتصرف مستقل عن المحل التجارى، وإلا كان فى ذلك تغرير بالجمهور(١).

ويتعين ملاحظة أنه فى حالة التصرف فى الاسم التجارى ضمن مكونات المحل التجارى الأخرى، فإن على المتصرف إليه أن يقتصر على استخدام الاسم فى حدود الغرض التجارى فحسب، بل ويتعين على المتصرف إليه أن يضيف إلى الاسم ما يفيد منع الاختلاط بالسلف كاضافة لفظ «خلف» أو «خلفاء».

---

(١) حسن كيرة، المدخل ، رقم ٣٨٠، ص ٢٣٧.

ثانيا - التكييف القانونى للاسم المدنى:

١٥٤- ثار خلاف فى الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية للحق فى الاسم[١]. فالاسم يحمل فى أحد جوانبه معنى الحق بالنسبة للفرد، وهو على هذا النحو ميزة يحميها القانون، فهو عنوان الفرد الذى يميزه عن غيره، ويسمح له أن يعلن اختصاصه بثروته المادية وبقيمه المعنوية المختلفة. وقد نصت المادة ٥١ من القانون المدنى، نزولا على هذا المعنى، أن «لكل من نازعه للغير فى استعمال اسمه بغير مبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

غير أن للاسم جانبا آخر يظهره ارتباط الاسم باعتبارات المصلحة العامة، فهو علامة الزامية لتفريد الأشخاص وتعيينهم، وهو بالتالى أحد أنظمة الأمن المدنى فى المجتمع.

وبين هذين الجانبين انقسم الفقه والقضاء، بين داع إلى ترجيح مظهر حق الملكية، ومغلب لفكرة الأمن المدنى، ومن خلال الخلاف بين الفريقين ظهر رأى ثالث جديد:

الرأى الأول : الاسم حق ملكية:

١٥٥- ويذهب هذا الرأى إلى أن للفرد وللأسرة (فى الأنظمة التى تأخذ بنظام الألقاب) حق ملكية على الاسم. ومن مقتضى هذا التكييف، عند

---

(١) راجع فى هذا المعنى نقض مدنى فرنسى ٢٥ أكتوبر ١٩٢١ سيرى ١٩١٢-١-٩٥ محكمة روان فى ١٠ نوفمبر ١٩٠٩ سيرى ١٩١٢-٢-٧٧ وتعليق بيرو، ومحكمة بوردو ١٢ ابريل عام ١٩٦٣ داللوز ١٩٦٣/٤٨٢ وتعليق Le Bris - باريس ٨ مارس ١٩٦٦ الأسبوع القانونى ١٩٦٧-٢-١٤٩٣٤ والتعليق.

أنصاره قدرة صاحب الاسم على الدفاع عنه بغير حاجة إلى اثبات ضرر محدد فى حالة اغتصاب الاسم، ذلك أن حق الملكية مقصور على صاحبه، ومجرد حيازة الغير له يعتبر فى حد ذاته ضررا يجيز له المطالبة بتعويض[1]. ويتميز حق الملكية، فى هذا المقام، بأنه غير قابل للتصرف فيه أو للتنازل عنه، كما أنه غير قابل للاكتساب أو السقوط بالتقادم.

غير أن هذا التحليل تعرض للنقد، ذلك أن خصائص الحق فى الاسم تباعد بينه وبين حق الملكية إلى حد كبير، فالاسم يكتسب ويتميز بأسباب وبأسلوب لاتتفق مع أسباب اكتساب الملكية أو انتقالها بين الأفراد.

ومن **ناحية ثانية**، فإن عدم قابلية الحق فى الاسم للتقادم أو التصرف فيه أو التنازل عنه لا يتفق فى شئ مع أحكام الملكية التى ترد على الأشياء المادية الداخلة فى التعامل. ومن **ناحية ثالثة** فإن حق الملكية يقتضى الاستئثار بمحل الحق والانفراد به، وهو وضع لا يقوم بالنسبة للاسم، فالأسماء شائعة بين الناس ولا ينفرد الشخص باسم محدد دون غيره من الأفراد. ويبدو هذا الاعتبار الأخير واضحاً بالنسبة للقب (اسم الأسرة) حيث يحمله كل أعضاء الأسرة على السواء بحيث يحق لأى عضو أن يدافع عنه ضد المنازعة أو الانتحال من جانب الغير، ومع ذلك فإن لقب الأسرة قد لا يقتصر عليها، إذ قد تحمله أسرة أو أسر أخرى[1].

---

(١) راجع فى الموضوع: حسن كيرة، المدخل، رقم ٢٧٦، ص ٥٢٦ ومابعدها، عبد الحى حجازى، السابق، رقم ١٨٨، ص ١٧٣ ومابعدها، محمود جمال الدين زكى، الموضع السابق، كاربونيه السابق، ص ١٩٩ ومابعدها.

وبسبب الاعتراضات السابقة ذهب البعض إلى حد القول بأن حق الاسم هو حق ملكية. ولكن من نوع خاص Sui generis[1]، أى ملكية ذات مضمون غير عادى. وهو قول مرفوض بدوره من حيث المبدأ، فالملكية هى الملكية لا تقبل التصنيف إلى ملكية عادية وملكية غير عادية[2].

الرأى الثانى - الاسم نظام للأمن المدنى:

١٥٦- ويذهب هذا الرأى إلى أن الاسم علامة مميزة اقتضتها اعتبارات الأمن المدنى فى الدولة، حيث يلزم أن يتم بسهولة تحديد كل فرد وبما يسمح بتحميله بالواجبات التى يفرضها عليه النظام القانونى فى الدولة[3].

ويفسر هذا التكييف، من وجه نظر أنصاره، القيود التى ترد على إرادة الأفراد فى استخدام الاسم وفى تغييره وفى التصرف فيه. ذلك أن الأخذ بفكرة الحق يؤدى إلى صعوبة تبرير القيود المشار إليها.

ويترتب على التكييف السابق أن فكرة الواجب هى الأكثر وضوحا فى حمل الأسماء، وأن الاعتداء على الاسم يمثل خطأ تقصيريا، ويتم رده بالتالى وفقا لقواعد هذه المسئولية بما تقتضيه من ضرورة اثبات ضرر محدد[4].

وقد اعترض جانب من الفقه على التصوير السابق للاسم لأسباب متعددة،

---

(١) راجع تعليق لابيه فى سيرى، ١٨٨٤-٢-٢١.

(٢) راجع: رسالة حول حماية الاسم التجارى للأستاذ بيرجيه فاشون (باريس عام ١٩٢٨) خاصة ص ٣ ومابعدها.

(٣) راجع وقارن: نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٣٨، مجموعة النقض، الجزء الثانى ص ٤٩٣.

(٤) راجع: عبد الحى حجازى، السابق، رقم ١٨٨، ص ١٧٣ ومابعدها - هـ. ل.ج. مازو، السابق، رقم ٥٦١، ص ٥٥٩ - كاربونييه، السابق، ص ١٩٩، ٢٠٠.

فمن ناحية أولى لا تتطابق فكرة الأمن المدنى مع الحقيقة، فليس صحيحا أن الاسم مجرد علامة يحملها الشخص، كما يحمل رقماً جامداً لا يعنيه فى شئ، فعلاقة الشخص باسمه فيها معنى الحق من الناحية النفسية، حيث ترتبط الشخصية بالاسم ارتباطا وثيقا[١]. والدليل على صدق الاعتبار المشار إليه أن سلطات الاحتلال النازى كانت تلجأ إلى تجريد المعتقلين من أسمائهم، واعطائهم أرقاما بدلا منها، وذلك ضمن خطة التعذيب، وتجريد المعتقلين من شخصياتهم[٢].

ومن ناحية ثانية فإن ما يؤدى إليه نظام الأمن المدنى من حصر الدفاع عن الاسم فى اطار المسئولية التقصيرية لا يحقق الحماية الكافية للإنسان، إذ يقتضى، كما سبقت الاشارة، اثبات ضرر محدد، والحق أن الاسم لصيق بالإنسان لا ينفصل عن شخصيته، وبالتالى يتعين الاقرار بأن مجرد المنازعة فى الاسم، أو انتحاله، يحقق فى حد ذاته ضرراً يتعين أن يرد، دون حاجة لاثبات ضرر محدد آخر. ولا يتسنى الوصول إلى هذه الحماية إلا بالتسليم بأن الاسم يمثل فى أحد جوانبه على الأقل، حقاً للشخص. وهو ما يحققه الرأى الثالث الذى نعرض له فيما يلى:

الرأى الثالث - الاسم حق من حقوق الشخصية ونظام من أنظمة الأمن (طبيعة مزدوجة):

١٥٧- ويذهب هذا الرأى إلى أن للاسم طبيعة مزدوجة فهو حق من حقوق

---

(١) مازو، السابق، رقم ٥٦١، ص ٥٥٩ - عبد الحى حجازى، الموضع السابق، وراجع تعليق كولن فى دالللوز ١٩٠٤-٢-١٠٠ كاربونييه، الموضع السابق.

(٢) مازو، الموضع السابق، عبد الحى حجازى، الموضع السابق.

الشخصية، ومن هذه الزاوية فإنه لا يعد مجرد علامة كالرقم الذى يفرض على حبيس السجون، ولكنه ميزة فردية يتمتع بها الفرد ويستند إليها فى تمييزه عن غيره من الأفراد، وعلى هذا المعنى يعد الحق فى الاسم ضرورة فردية لازمة لحياة الإنسان وتقدمه.

- كما يترتب على هذا المظهر الأول والأساسي أن للفرد أن يدافع عن حقه فى الاسم ضد الانتحال والمنازعة من جانب الغير، وأن يوقف الاعتداء عليه بغير حاجة لاثبات ضرر اضافى محدد[1].

كما يجوز نزولا على مقتضى وصف «الحق» فى الاسم أن يتخذ الفرد لنفسه اسما مستعاراً، يخفى خلفه اسمه الحقيقى بمناسبة نشاط معين يباشره، ويسبغ القانون حمايته على الاسم المستعار شأنه شأن الاسم الحقيقى.

ويضاف إلى هذا المظهر الأول مظهر ثان، يخص المجتمع، وهو أن الاسم من أنظمة الأمن المدنى، فيه ترتبط مصالح الجماعة فى التمييز بين الأفراد، ويجب بالتالى أن يتمتع بقدر من الاستقرار، فهو الزامي، لا يجوز تغييره إلا وفق إجراءات محددة، وفى أضيق الحدود، ولا يكتسب بالتقادم ولا يسقط بعدم الاستعمال[2].

---

(١) راجع: محمود جمال الدين زكى، السابق، رقم ٢٦١، ص٢٨٩، ٢٩٠، وراجع: جميل الشرقاوى الذي وصف الاسم بأنه من الحقوق العامة، السابق، ص ٢٩٨ - مازو، السابق رقم ٥٦٥، ص ٥٦٢.

(٢) راجع: محمود جمال الدين زكى، الموضع السابق، خاصة ما أشار إليه ص ٣٩٠ هامش ٢ من قول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى سيعتبر تعديا يستوجب الوقف والتعويض أن يعتدى الغير على اسم الشخص فينازعه فى استعماله دون مبرر أو ينتحل هذا الاسم على نحو يلحق الضرر بصاحبه» وقد جاء هذا التحديد فى سياق التعرض للحقوق الملازمة للشخصية.

وقد نص المشرع فى المادة ٥١ مدنى على أن لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ومن انتحل الغير اسمه دون حق - أن يطلب وقف هذه الاعتداءات مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر. ويمثل هذا النص اقراراً لجانب الحق فى الاسم حيث اعتبر أن مجرد المنازعة أو الانتحال بغير مبرر كافياً لقبول دعوى رد هذا الاعتداء. أما الجانب الآخر، وهو جانب الأمن المدنى، فلم يعد محلا لكثير خلاف فى الوقت الحالى.

وقد ترتب على التسليم بالطبيعة المزدوجة، والسالف ذكرها، استظهار الخصائص المميزة للاسم والتى ينتمى بعضها إلى جانب وصف الحق اللصيق بالشخصية، ويترتب على البعض الآخر وصف الأمن المدنى.

ثالثا - خصائص الاسم:

١- الاسم الزامى:

١٥٨- ومفاد هذه الخاصة أن الاسم ضرورى لكل فرد من أفراد المجتمع، حيث يمكن القول بوجود التزام على عاتق الأسرة بتسمية أطفالها بعد تمام ولادتهم، وهو التزام يتم تنفيذه من خلال الالتزام بقيد الطفل فى سجلات الحالة المدنية.

كما يلتزم الفرد بذكر اسمه الحقيقى فى كافة الأوراق والمستندات ذات الطابع الرسمى وإلا تعرض للمساءلة الجنائية وفق نصوص التزوير فى القانون الجنائى، وهو ما يعد من زاوية معينة أحد مظاهر الالزام فى حمل الأسماء.

غير أن المظهر الأخير - ذكر الاسم الحقيقى - لا يبدو بذات درجة الالحاح فى المعاملات الفردية الخاصة، فمن حيث المبدأ يجوز للفرد، كما سبق الاشارة،

أن يحمل اسما مستعاراً يخفى خلفه اسمه الحقيقى، وذلك بشرط أن لا يكون فى ذلك اعتداء على الاسم الحقيقى لشخص آخر، وبالتالى لا يجوز لتاجر يتعامل مع الجمهور أن يرفض التعاقد مع شخص معين بحجة أن هذا الأخير يخفى اسمه[١].

ومع ذلك فإن القضاء مايزال يركز على بعض مظاهر الالزام فى حمل الاسم الحقيقى، فقد قضى بأنه يعد من قبيل الخطأ أن يعمد الفرد، فى الاستعمال الشخصى، إلى اسقاط جزء من اسمه المركب[٢].

٢- قابلية الاسم للتغيير فى أضيق الحدود:

١٥٩- يتميز الاسم، نزولا على مقتضيات الأمن العام، بقدر من الثبات والاستقرار، بحيث لا يجوز تغييره إلا فى حدود ضيقة، وتحت رقابة الدولة إدارياً وقضائيا. ويلاحظ ابتداء أن هذا القيد يستهدف تحقيق مصالح الأفراد الآخرين، ذلك أن التغيير قد يلحق ضرراً بالغير أو يسئ إليه.

ولذلك لايجوز أن يلحق تغيير الاسم بوقائع أو وثائق سابقة على التغيير. فمثلا من تخرج قبل التغيير من إحدى الكليات لا يجوز له أن يطلب شهادة بمؤهله بالاسم الجديد. لأن ذلك لو سمح به جدلا فإنه قد يلحق ضررا بليغا بالغير، فضلا عما قد يترتب عليه من زعزعة الثقة فى المعاملات

---

(١) كاربونييه، السابق، ص ١٩٢، الذي يلاحظ أن هذا الحكم يستفاد بمفهوم المخالفة من النصوص الاستثنائية التى تفرض على أرباب مهن معينة التحقق من شخصيات من يتعاملون معهم، كما هو الحال بالنسبة لأصحاب الفنادق فى علاقتهم بالنزلاء.

(٢) راجع وقارن، نقض مدنى فرنسى ١٩ يوليو ١٩٥٧، داللوز ١٩٥٨- ١٨٦، وتعليق بونصار - نقض مدنى فرنسى ١١ يوليو ١٩٦٣، داللوز ١٩٦٤-١٨٦.

السابقة، وافساح المجال أمام التحايل(١).

ولذلك فقد نظم القانون إجراءات تغيير الاسم بحيث يفتح الباب أمام الغير للاعتراض على التغيير قبل تمامه إن كان للمعترض مصلحة جدية:

إجراءات التغيير في ظل القانون ١٤٣ لسنة ١٩٩٤:

صدر هذا القانون للأحوال المدنية ليحل محل القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٥، ووضع أحكاماً جديدة لكيفية تغيير الاسم على نحو يختلف عما كان قائما في ظل القانون الأسبق (رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠)(٢).

كانت المادة ٣٦ من قانون الأحوال المدنية الملغى (رقم ١١ لسنة ١٩٦٥) تنص على أنه لا يجوز إجراء أي تغيير أو تصحيح في قيود الأحوال المدنية والمدونة في سجلات الواقعات والسجل المدني إلا بناء على قرار يصدر من اللجنة المنصوص عليها في المادة ٤١، وكانت هذه المادة تنص على أن «تشكل في دائرة كل محافظة لجنة من رئيس النيابة رئيساً ومدير صحة المحافظة ومفتش الأحوال المدنية، عضوين، وتختص هذه اللجنة بالفصل في طلبات تصحيح قيود الأحوال المدنية في سجلات الواقعات وفي السجل المدني وفي طلبات قيد المواليد والوفيات». أما عن إجراءات التغيير فقد كانت تبينها المادة ٤٠ من اللائحة التنفيذية للقانون السابق.

وعندما صدر القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية نظم

---

(١) ومع ذلك فقد يقوم شخص بتغيير اسمه بحكم قضائي بعد حصوله على شهادة تخرجه من إحدى الكليات أو المعاهد، وفي هذه الحالة ليس أمامه سوى أن يتعامل بالوثيقتين في آن واحد، ولا يحق له - في رأينا - أن يعود إلى استخراج شهادة تخرج بالاسم الجديد.

(٢) كانت المادة ٢٦ من القانون الأسبق ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ تحظر إجراء أي تعديل إلا بموجب حكم نهائي من المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها مكتب السجل المدني.

فى الفصل السادس منه ما أطلق عليه تصحيح قيود الأحوال الشخصية على نهج القانون السابق. فقد أسندت المادة ٤٦ من هذا القانون مهمة الفصل فى طلبات تغيير أو تصحيح قيود الأحوال المدنية المدونة فى سجلات المواليد والوفيات، وقيد الأسرة، وطلبات ساقطى قيد الميلاد والوفاة للوقائع التى لم يبلغ عنها خلال المدة المحددة بالقانون، ومضى عليها أكثر من عام من تاريخ واقعة الميلاد، والوفاة إلى لجنة خاصة، وتشكل هذه اللجنة على النحو الآتى:

١- المحام العام للنيابة الكلية بالمحافظة أو من ينيبه، وفى حالة تعددهم يختار النائب العام أحدهم. رئيساً

٢- مدير إدارة الأحوال المدنية بالمحافظة أو من ينيبه.
٣- مدير إدارة الشئون الصحية بالمحافظة أو من ينيبه. } أعضاء

ونصت المادة ٤٦ من القانون ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ على أنه لا يجوز إجراء أى تغيير أو تصحيح فى قيود الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة إلا بناء على قرار يصدر بذلك من اللجنة السابق الاشارة إليها[1].

وقد نظمت المواد ٢٨ وما بعدها من قرار وزير الداخلية رقم ١١٢١ لسنة ١٩٩٥ باصدار اللائحة التنفيذية لقانون الأحوال المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ الإجراءات والضوابط التنفيذية لتصحيح قيود الأحوال المدنية، وأجازت المادة ٢٩ الاعتراض على قرار اللجنة خلال سبعة أيام من تاريخ اعلانه (عن طريق

---

(١) يلاحظ ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٧ من القانون من أنه لا حاجة إلى استصدار قرار من اللجنة المشار إليها إذا كان إجراء التغيير أو التصحيح فى الجنسية أو الديانة أو المهنة أو قيود الحالة المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصادق أو الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى أو اثبات النسب قد تم بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص.

اللصق بديوان مديرية الأمن أو المركز أو القسم أو نقطة الشرطة أو النشر بالصحف أو بالاذاعة الداخلية)، وفى حالة الاعتراض يعاد العرض على اللجنة فى الجلسة التالية لفحص أسباب الاعتراض واصدار القرار فى هذا الشأن، ويكون القرار مسبباً ونهائياً. كما أجازت المادة ٢٩ من اللائحة التنفيذية فى فقرتها الأخيرة لمدير مصلحة الأحوال المدنية عند وجود مبررات كافية طلب اعادة عرض الطلبات التى صدر فيها قرار على ذات اللجنة خلال المواعيد المقررة للطعن فى القرارات الإدارية لاعادة النظر فى هذه الطلبات واصدار قرار مسبب ونهائى.

٣- الاسم غير قابل للتصرف فيه:

١٦٠- يعد الاسم من الحقوق غير القابلة للتصرف فيها، وتلك خاصة تتسق تماماً مع خصائص الاسم بوصفه حقاً من الحقوق الملازمة للشخصية ونظاماً للأمن المدنى، فبحكم هذه الصفات لا يدخل الاسم فى نطاق المعاملات أو التبادل بين الأفراد، وبالتالى يقع باطلا بطلاناً مطلقاً أى اتفاق يرد على الاسم الشخصى.

غير أن الحظر المشار إليه إنما ينصب أساساً على الاستعمال الشخصى للاسم، وهو لا يمنع، كما سبق أن أشرنا، أن يتخذ الفرد من اسمه عنوانا لتجارته، فيصبح الاستعمال التجارى عنصراً مالياً من عناصر المحل أو المنشأة التجارية يجوز التنازل عنه بصفته تلك إلى الغير، ولكن التنازل فى هذا الفرض يقتصر على حدود الاستعمال التجارى ولا يتجاوز ذلك إلى الاسم الشخصى[1].

---

(١) راجع: مازو، السابق، رقم ٥٥٧ ص ٥٥٦ - حسن كيرة، المدخل ص ٥٣١-٥٣٢، وفى=

كما يجوز وفقاً لذات المنطق أن يأذن الشخص لكاتب صحفى أو أديب أن يطلق اسمه على أحد أبطال مؤلفه أو روايته، أو أن يستخدم بصفة عامة اسمه كاسم مستعار فى حدود نشاط معين.

٤- عدم قابلية الاسم للتقادم:

١٦١- وتعنى هذه الخاصة أن الاسم لا يسقط بعدم الاستعمال لأية مدة مهما طالت. كما تفيد أنه من حيث المبدأ لا يكتسب الشخص حقاً فى اسم معين بمجرد مضى مدة طويلة على حمله.

ويعبر عن الخاصة السابقة بشقيها بأن الاسم لا يسقط ولا يكتسب بالتقادم.

وتطبيقاً للمعنى السابق فإن عدم استعمال الشخص لاسمه الحقيقى أو لجزء من اسمه الحقيقى المركب، لا يؤدى إلى سقوط حقه فى استعادة الاسم المتروك فى أى وقت من الأوقات، كما أن انتحال شخص لاسم غيره لا يخول

= فرنسا تحمل الزوجة لقب زوجها، وقد يتصادف أن تمارس الزوجة تجارة أو مهنة معينة تحت هذا الاسم، فإذا حدث طلاق بين الزوجين فإن الأصل، وفقا للمادة ٢٩٩ مدنى فرنسى، أن يسترد كل من الزوجين اسمه الأصلى ومن حقه وفقا لذلك أن يمنع الزوجة من استخدامه، غير أن هذا الوضع قد يحدث ضرراً بالغاً بالنسبة للزوجة فى تجارتها أو مهنتها، لذلك أجازت المحاكم الفرنسية أن يأذن الزوج لزوجته السابقة فى أن تستمر فى حمل اسمه. غير أن هذا الإذن ما هو إلا تصريح مؤقت يمكن سحبه فى أى وقت، ويترتب على هذا التحديد الأخير أن الاسم مازال خاضعا لقاعدة عدم جواز التصرف فيه أو نقله إلى الغير بصفة نهائية. راجع: نقض مدنى فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٤ فى داللوز سنة ١٩٢٤-١-١٩، باريس ٤ يوليو ١٩٥٦ فى سيرى ١٩٥٦-١٧٦، نقض مدنى فرنسى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٦٤ فى جازيت دى باليه ١٩٦٤-٢-١-٤٠١.

للأول أى حق على اسم ذلك الغير مهما طالت مدة الانتحال[١].

وتقتصر القاعدة السابقة على الاسم المدنى[٢] دون الاسم التجارى، فالأول بحسبانه حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية المرتبطة باعتبارات الأمن العام يتعين الأخذ فى شأنه بمقتضيات الحقيقة الرسمية. أما بالنسبة للاسم التجارى فهو، كما سبق القول، قيمة مالية تدخل فى المعاملات التجارية، ولذلك يجوز التصرف فيه، كما أجاز جانب من القضاء اكتسابه أو فقده بمضى المدة[٣].

رابعا - حماية الاسم:

١٦٢- نصت المادة ٥١ من القانون المدنى على أن «لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحال الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

وتتعرض المادة السابقة لصورتى الاعتداء الممكن وقوعهما على الاسم من

---

(١) راجع ما سبق ذكره عن الاسم التجارى.

(٢) ومع ذلك فهناك أحكام قليلة قضت بأن استعمال الاسم لمدة طويلة يمكن أن يحقق تقادما مكسبا للحق على أساس الحيازة: محكمة بواتيه فى ٣ يوليو سنة ١٩٥٢ فى جازيت دى باليه ١٩٥٢-٢-٣٧٧، كما أن مضى المدة يؤدى إلى تدعيم حماية الاسم المستعار فى كثير من الحالات، فقد قضى بعدم جواز حرمان شخص من استعمال اسم مستعار بعد مضى سبعة عشرة عاما من بدء حيازته إلا لأسباب خطيرة: راجع محكمة السين أول أغسطس ١٩٠٣ فى داللوز ١٩٠٤-٢-٤، باريس فى ٨ يوليو سنة ١٩٤٩ فى جازيت دى باليه ١٩٤٩-٢- ٣٤٢، حيث أخذت محكمة باريس فى هذا الحكم الأخير، فى اعتبارها طول مدة الاستعمال وعلانيته وعدم المنازعة فيه.

(٣) نقض مدنى فرنسى ٦ يوليو ١٩٦٥، فى داللوز ١٩٦٥-١-٧٠ وتعليق لندون.

الناحية العملية: **المنازعة فى الاسم، وانتحاله**، وقد كفل النص للتطبيقين ذات الحماية القانونية[١].

أما الصورة الأولى: وهى المنازعة فيقصد بها أن ينكر عليك غيرك التسمى باسمك الحقيقى، أو أن ينازعك فيه باشاعة القول بين الناس، أو باتيان أفعال تؤدى إلى هذا المعنى. وتعتبر هذه الصورة قليلة الحدوث فى الواقع.

أما الصورة الثانية: وهى انتحال الاسم فهى الأكثر تصوراً ووقوعاً فى العمل، وفيها يستعمل شخص اسم غيره سواء فى حياته العادية أو خلال إجراءات رسمية، ويقتضى تحديد نطاق هذه الصورة من صور الاعتداء ذكر ايضاحين رئيسيين:

الأول: يفيد أن مجرد التشابه فى الأسماء لا يتحقق معه انتحال الاسم مادام المسمى لم يعمد إلى استغلال هذا التشابه. ولا يغير من صحة هذا المبدأ أن تعود على المسمى فائدة من وراء التشابه، أما إذا عمد الشخص إلى استغلال التشابه فإننا نكون بصدد انتحال للشخصية وليس انتحال الاسم. وتتحقق مسئولية منتحل الشخصية وفقا للقواعد العامة للمسئولية التقصيرية فى القانون المدنى.

الثانى: ويفيد أنه لا يعد انتحالا للاسم اطلاق اسم شخص على حيوانات أو بضائع تجارية. ومع ذلك يجوز، فى هذا الفرض، للمضرور أن يطلب وقف الاعتداء والتعويض عما يترتب عليه من ضرر مادى أو أدبى، وذلك وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية.

---

(١) راجع: أحمد سلامة، المرجع السابق، رقم ٩٩ ص ١٦٩ - حسن كيرة، المدخل، رقم ٢٧٧، ص ٥٢٩ - عبد الحى حجازى، السابق، رقم ١٨٩ ص ١٧٨ ومابعدها.

ولإيضاح حدود الحماية القانونية للاسم نعرض، فيما يلى، لبعض تطبيقات الاعتداء على الاسم، حيث تتنوع فيها شروط تحقق تلك الحماية:

التطبيق الأول - انتحال الاسم أو المنازعة فيه من جانب الغير:

١٦٣- ويمثل هذا التطبيق الأول الصورة البسيطة للاعتداء على الاسم. وقدأشرنا فيما سبق إلى أن شروط تحقق الحماية القانونية تتوقف على تكييف الحق فى الاسم، فحيث نتبنى فكرة حق الملكية فإن الحماية القانونية تتسع لتتحرك لمجرد درء العدوان وبغير حاجة إلى اثبات الضرر. أما فى ظل مفهوم الاسم كنظام للأمن المدنى فإن الحماية تضيق نسبياً لتقتصر على الحالات التى يثبت فيها المدعى ضرراً محدداً أصابه من جراء خطأ المعتدى[1].

وقد عرضنا فيما سبق للرأى الراجح الذى يعتبر الاسم حقا من حقوق الشخصية، وبالتالى فهو يستثير الحماية القانونية لمجرد الاعتداء عليه. فالانتحال أو المنازعة فى الاسم يكون فى ذاته مساسا بالمصلحة الأدبية فى أن يستعمل الفرد اسمه بغير ازعاج من الآخرين، كما أن اضافة اعتبار الأمن المدنى لا يخل بهذا المفهوم الواسع للحماية القانونية.

وتقدم نظرية الدعوى القضائية إيضاحاً لكل القول السابق، ذلك أن المادة الثالثة من قانون المرافعات لا تسمح بقبول أى دفع أو دعوى ما لم تكن لصاحبه فيه مصلحة شخصية مباشرة قائمة وحالة، غاية الأمر أن هذه المصلحة كما قد تكون مالية يمكن أن تكون أدبية. ولا شك أن مجرد الدفاع عن الاسم باعتباره

---

(١) راجع تعليق الأستاذ ديبراء، المجلة الفصلية للقانون المدنى، ١٩٦٤، ص ٩١ ومابعدها - وماليرب، السابق، ص ٦٣ ومابعدها.

من مميزات الشخصية ولوازمها يحقق لصاحبه دائما مصلحة شخصية مباشرة أدبية قائمة محققة، وبغير حاجة إلى اثبات ضرر محدد أكثر من ذلك.

وأخيراً يلاحظ أن حدوث ضرر اضافى محدد يؤدى إلى ثبوت حق الشخص فى التعويض فضلا عن وقف الاعتداء، وقد أشارت إلى هذا المعنى المادة ٥١ من القانون المدنى، «أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

ويخضع التعويض المشار إليه لقواعد المسئولية التقصيرية التى تقتضى توافر الأركان الثلاثة: الخطأ والضرر وعلاقة السببية. ويتحقق الضرر عادة فى الحالات التى يكون فيها الاسم المعتدى عليه من الأسماء النادرة، وحيث يؤدى الاعتداء إلى الخلط بين الشخص وغيره، على نحو يسئ إلى سمعته أو مصالحه.

وتتحقق الحماية القانونية على النحو المشار إليه بالنسبة لاسم الشخصى واللقب والاسم المستعار واسم الشهرة.

التطبيق الثانى - انتحال الاسم لشخصية خيالية فى عمل فنى:

١٦٤- قد يتحقق انتحال الاسم بمناسبة شخصية خيالية فى قصة أو رواية سينمائية أو مسرحية، وفى هذا الفرض قد يدعى الشخص أن اطلاق الاسم على الشخصية الروائية يسبب له ضررا ما.

وقد اتجه القضاء الفرنسى إلى المرونة النسبية فى حماية الشاكى. وترجع هذه المرونة إلى الرغبة فى عدم وضع العقبات فى طريق المؤلفين فى اختيار أسماء أبطال رواياتهم، فمن العسير نسبيا أن يختار المؤلف اسما لا يحمله أى شخص.

وتطبيقا لهذا الاتجاه اشترط البعض ابتداء أن يكون هناك خطأ فى اختيار اسم بطل العمل الفنى، بأن يكون المؤلف قد اختار بسوء نية أو برعونة على الأقل، بمعنى وجوب توافر الخطأ بالمعنى المقصود فى قواعد المسئولية التقصيرية[١]. أما بالنسبة لعنصر الضرر فلا يكفى أن يكون الدور الذى أسند تحت اسم الشاكى قد أثار فى نفس هذا الأخير الضيق والنفور، بل لابد أن يثير الفيلم أو الرواية فى ذهن النظارة أو القراء، خلطا بين شخصية المتضرر والشخصية الروائية[٢].

ويتحدد الضرر، على النحو المشار إليه، وفقاً لعناصر متعددة منها أولا: ندرة اسم الشاكى، فإذا كان الشاكى، كما سبق الاشارة، يحمل اسماً دارجاً فإن دعواه غالبا ما ترفض، وبالتالى فإن الضرر يتحقق عادة بالنسبة لحملة الأسماء المشهورة قليلة الانتشار[٣].

ومن ناحية ثانية فإن شخصية المدعى ومركزه الاجتماعى قد يساهما فى

---

(١) راجع: مازو، السابق، ص ٥٦١، محكمة السين ١٥ فبراير سنة ١٨٨٢ فى سيرى ١٨٨٢-٢- ٢١، كايزر فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٩ ص ٢٧ وما بعدها مقال تحت عنوان: «الدفاع عن الاسم..».

(٢) راجع ما حكم به فى قضية أقيمت ضد الكاتبة الفرنسية فرنسوا ساجان عن روايتها «فى شهر فى سنة» من أن الرواية لا تثير خلطاً بين شخصية الشاكى وبطل الرواية، محكمة السين سنة ١٩٥٨ جازيت دى باليه ١٩٥٩-٩-٢١ سنة ١٩٥٩.

(٣) قضى تطبيقا لذلك برفض دعوى المدعو كوستا ضد الكاتب الفرنسى منترلن باعتبار أن الاسم منتشر فى فرنسا واستخدامه فى الرواية لا يحقق خلطا ضاًرا بشخص المدعى، وذلك رغم أن الكاتب قد أطلق الاسم على شخصية تثير الاحتقار: السين فى ١٨ يوليو سنة ١٩٤١ فى دالوز الانتقادى ١٩٤١- قضاء - ٣٠.

تحديد الضرر على نحو أكثر وضوحا منه بالنسبة للشخص العادى. وتطبيقا لذلك رفع أحد المحامين قضية ضد الكاتب أميل زولا بسبب استخدامه لاسمه فى إحدى رواياته، حيث أطلقه على شخصية أسند إليها دور مستشار أمام محكمة استئناف باريس، وقد صورت الشخصية فى اطار غير مريح بالنسبة لمحامى المدعى (Duvendg). وقد طلب هذا الأخير وقف الاعتداء على اسمه بسبب ما يثيره استخدام الاسم من خلط يمس كيانه المعنوى، وقد استجابت محكمة السين لطلب المدعى وحظرت استخدام اسمه فى الطبعات اللاحقة من الرواية[1]. وواضح فى هذه القضية أن المحكمة قد أقرت بوجود خلط بين الشخصيتين، الشخصية الروائية والشخصية الحقيقية. فالأولى هى شخصية مستشار فى محكمة استئناف باريس، والثانية هى شخصية المحامى أمام ذات المحكمة. ولا شك أن تقارب المهنتين يسمح بالخلط بين الشخصيتين فى ذهن القراء، حيث يمكن تصور أن المقصود حقيقة هو المحامى الذى يحمل ذات الاسم[2].

التطبيق الثالث - انتحال الاسم لأغراض تجارية:

١٦٥- قد يقوم أحد التجار باستخدام اسم الغير كاسم تجارى لتجارته.

---

(١) السين فى ١٥ فبراير سنة ١٨٨٢ السابق الاشارة اليه.

(٢) وراجع ما قضت به محكمة السين فى ١٣ مارس ١٩٦٢ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٣، ص ٣٠، وملاحظات الأستاذ دى بوا: حيث حكم بأن استخدام الأسم من جانب كاتب قصصى لا تتكون معه عناصر المسئولية (الخطأ والضرر)، إلا إذا توافر شرطان: تشابه الظروف الاجتماعية لحياة الشخصية الروائية مع الشخصية الحقيقية من ناحية، بالاضافة إلى التصوير الهزلى أو المهين من ناحية أخرى.

ويخضع هذا الفرض لذات قواعد الفرض السابق، وبالتالى لا محل للشكوى إلا إذا أثبت صاحب الاسم أن خلطا ضارا بمصالحه يمكن أن ينشأ في ذهن الجمهور من جراء استخدام الاسم.

غير أن بعض الأحكام قد ذهبت إلى أن الحماية تنحسر عن الاسم إذا كان صاحبه قد سبق واستخدمه كعنوان لتجارة معينة، ففى تقدير المحكمة أن الاستخدام التجارى يفقد الاسم الشخصى صفة الخصوصية والاستئثار اللذين يتمتع بهما[1]. والحق أن هذا الاتجاه ليس بمنأى عن النقد، فاستخدام الشخص لاسمه فى تجارة تخصه لايجوز أن يؤدى إلى تعميم الاستخدام التجارى للاسم بحيث يصبح مباحاً للجميع.

وأخيراً فإذا استخدم شخص اسمه فى تجارة معينة فلا يجوز لسميه أو لمن يحمل اسما قريب الشبه به أن يطلق اسمه على تجارة من ذات النوع، فمثل هذا العمل قد يتضمن تعسفا يستوجب المسئولية، حيث يؤدى إلى الخلط الضار بمصالح الطرف الأول.

ملحق: نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨- قضية رقم ٣٥ سنة ٧ قضائية مجموعة أحكام النقض ١٩٣٨ الجزء الثانى ص ٤٩٣ فى شأن الاسم:

اسم: حق تغيير الاسم. متى تتدخل المحاكم. طلب اثبات هذا التغيير. متى يصبح رفع الدعوى به؟

لكل شخص أن يتخذ لنفسه اسما غير اسمه المعروف به، ويذيعه فى الناس بالطريقة التى

---

(١) وكانت المدعية قد أطلقت اسمها العائلى «نجرسكو» على فندق تملكه، تم رفع دعوى بالدفاع عن الاسم حين أطلقه أحد التجار على نوع من القهوة، راجع: ماليرب، السابق، ص٦٨، ٦٩.

يراها كفيلة بذلك مادام هذا الاسم لم يكن اسما معروفا انتحله قصدا لغرض خاص، واتخاذ الشخص اسما غير اسمه يجعله مسئولا قبل من يعترض بحق على انتحال اسمه، فمجرد طلب تغيير الاسم لا يصح رفع دعوى به إلى المحاكم الأهلية. ولكن إذا رفع شخص على وزارة الصحة دعوى طلب فيها اضافة اسم إلى اسمه الشخصى لكى يعرف باسمه مضافا إليه الاسم الجديد بدلا من اسمه مع اسم أبيه وجده وإجراء التغيير المطلوب فى دفاتر المواليد، واعترضت وزارة الصحة على جواز الإضافة فى ذاتها فإنها باعتراضها هذا تكون قد أثارت بلا حق نزاعا فى طلب لا شأن لها به، ويجوز للمحكمة إذن أن تقضى للطالب فى دعواه بأحقيته فى طلب تغيير الاسم. أما عن الزام الوزارة باثبات الاسم الجديد فى دفاترها فمحله أن تكون الوزارة قد رفضت اثبات التغيير تعنتا منها. وهذا لا ينكشف إلا بعد أن يكون المدعى قد أشهد المحكمة الشرعية وفقا لما جرى به العرف - على التغيير - وأعلن بذلك فى محل توطنه ومحل ميلاده، ومضى من الوقت ما يتسع للاعتراض من كل من يهمه التغيير، فإذا كان الخلاف على اثبات التغيير قد حصل مع كل ذلك فإنه عندئذ يكون هناك مقتضى للفصل فيه.

المحكمة

وبما أن مبنى الطعن يرجع إلى وجوه أربعة:

أما الوجوه الثلاثة الأول فتتلخص جميعها فى أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وتأويله حين رفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم بنظر دعوى تغيير الاسم. وفى بيان ذلك تقول الطاعنة أن محكمة الاستئناف استندت فى قضائها باختصاص المحاكم الأهلية بنظر دعوى تغيير الاسم إلى أن اسم الشخص مال متعلق به حق الملكية وإلى أنه ليس لجهات الإدارة أى اختصاص فى مادة تغيير الاسم لعدم وجود نص مقرر لهذا الاختصاص استندت محكمة الاستئناف إلى ذلك مع أن موضوع تغيير الاسم ليس حقا ماليا يصح التقاضى بشأنه، وما الاسم إلا علامة مميزة للشخصية، وما صلته بصاحبه تتنافر مع طبيعة حق الملكية، بل هو أدنى أن يكون فرضا عليه لاحقا له، فإن تسمية الأشخاص وسيلة نظامية من وسائل تنظيمهم لا مفر منها ضمانا لمصالح الجماعة التى يعيش بينها الفرد، فيجب أن يكون ثابتا مستقرا لا يتغير إلا بموافقة السلطة المسئولة عن النظام العام وهى السلطة الإدارية. أما القول بأن تلك السلطة لا اختصاص لها فى ذلك لعدم وجود نص فقول مردود بأن سلطة الإدارة واختصاصها، إنما تتحدد بحدود طبيعة وظيفتها وطبيعة الأعمال التى تتولاها.

وتقول الطاعنة أيضا بأن محكمة الاستئناف قد أخطأت حين أجازت اختصاص المحاكم بنظر طلب تغيير الاسم قياسا على اختصاصها بنظر طلب تصحيح السجلات، فإن نص المشرع على جزئية من جزئيات موضوع يقتضى بمفهوم المخالفة أن حكم هذه الجزئية يخالف حكم الجزئيات الأخرى، على أنه إن صح أن يكون للقضاء اختصاص فى شئون تغيير الاسم، فإنما يكون ذلك للقضاء بسلطته

الولائية أى بطريقة الأوامر على العرائض، فتنظر المحكمة فى العريضة المقدمة من صاحب الشأن وتأمر بتحقيقها بالطريق الإدارى نظراً لانعدام الخصومة من جهة، ونظرا لما يجرى عليه العمل فعلا فى مسائل تصحيح الدفاتر. وذلك هو ملخص وجوه الطعن المقدمة.

وبما أن ما تستخلصه هذه المحكمة من الوقائع التى صدر بها هذا الحكم أن دعوى المدعى عليه فى الطعن أمام المحكمة الابتدائية كانت تشمل شقين: (أولهما) أنه يبغى اضافة لفظ «ل. » على اسم ى. حتى يعرف باسم ى. ل يدل اسم ى المضاف إليه اسم أبيه وجده. (وثانيهما) أن تجرى وزارة الصحة التغيير فى دفاترها على مقتضى هذه الاضافة المبتغاة.

وبما أنه ليس من شك فى أن لكل فرد أن يتخذ لنفسه اسما غير اسمه المعروف به ويذيعه على الناس بالطريقة التى يراها كفيلة بنشره بشرط أن لا يكون عمله هذا بنية انتحال اسم معروف لغرض خاص وتحت مسئوليته لمن يعترض بحق على هذا الانتحال.

وفى خصوصية الدعوى الحالية ظاهر أن اسم ل. الذى كان يبغى المدعى عليه فى الطعن أن يضيفه على اسمه «ى» القديم لا يدل على نية انتحال اسم أحد أو الاستمساك بنسب غريب منه، بل كان لأسباب وجيهة عينها، كما أنه لم تقم خصومة من معترض بين الناس يدعى ضررا لحقه من تلك الاضافة فكان يصح اعتبار دعوى ى.ا.ل فى هذا الشق منها دعوى غير مقبولة لو لم تبد وزارة الصحة فى صراحة أنها تعترض على ذات ما يبغيه ى. المذكور من الاضافة بقطع النظر على أمر اثباتها فى الدفاتر، فإنها بهذا الاعتراض قدأقامت خصومة فى هذا الشق من دعوى المدعى عليه فى الطعن. وهذه الخصومة لا حق لها فيها لما سبق ذكره من الاعتبارات عن حرية الأفراد فى اضافة لأسمائهم بالقيود السابق ذكرها.

أما الشق الثانى من الدعوى وهو طلب الزام وزارة الصحة باثبات الاضافة فى دفاترها فلا يكون له قوام إلا إذا كانت تلك الوزارة متعنتة فى رفض هذا الاثبات، ولا ينكشف هذا التعنت إلا بعد أن يكون طالب تغيير الاسم بالاضافة قد أشهر أمام المحكمة الشرعية على ما جرى به العرف تلك الاضافة أو التغيير، وأعلن حصول هذه الإجراءات فى محل توطنه وفى محل ميلاده، ومضى على ذلك الوقت الكافى لتقدم من يريد الاعتراض على الاضافة أو التغيير. فإذا حصل بعد هذا خلاف بين الطالب ووزارة الصحة بشأن اثبات الاسم الجديد فى دفاترها يكون للمحكمة الأهلية عندئذ الفصل فى هذا الخلف.

وبما أن المدعى عليه فى الطعن لم يقم بشئ من ذلك فى الدعوى الحالية فطلباته فى الشق الثانى من دعواه كانت إذن سابق لأوانها وكان يجب على المحكمة أن تقضى بذلك.

الثانى من دعواه كانت إذن سابق لأوانها وكان يجب على المحكمة أن تقضى بذلك.

وبما أنه يتعين لهذا نقض الحكم المطعون فيه والقضاء فى موضوع الاستئناف بتعديل الحكم المستأنف على مقتضى ما تقدم من الأسباب.

البند الثانى

الموطـــــــن

١٦٦- يتخذ الشخص لنفسه مكانا يقيم فيه على وجه الاعتياد، وهو المكان الذى يجمع فيه -عادة - عائلته، ويكون موطن سكنه ومستودع حياته الخاصة. وقد اعتد القانون بهذا المكان، كوسيلة من وسائل تمييز الشخص عن غيره، كما اعتبره - إذا تحققت شروط معينة - مقراً رسمياً بالنسبة لما يقوم به الشخص من نشاط قانونى سواء بالنسبة لما يتخذه من إجراءات وتصرفات أو بالنسبة لما يتخذ فى مواجهته منها. ويسمى المقر الذى يعتد به القانون، على هذا النحو، بالموطن.

وللموطن أهمية قانونية من نواح متعددة نذكر منها ما يلى:

١- أن الأوراق والمطالبات القضائية، كصحف الدعاوى، والانذار، والتنبيه، يجب أن تعلن للشخص فى موطنه وقد نصت على هذا الحكم المادة العاشرة من قانون المرافعات حيث تقضى بأن: «تسلم الأوراق المطلوب اعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه، ويجوز تسليمها فى الموطن المختار فى الأحوال التى يبينها القانون»[(١)].

٢- أن المحكمة المختصة مكانياً بما يرفع ضد الشخص من دعاوى (الدعاوى الشخصية) هى المحكمة التى فى دائرتها موطنه، وقد نصت على هذا الحكم المادة ٤٩ من قانون المرافعات: «يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى

---

(١) فإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب اعلانه فى موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار.

دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. فإذا لم يكن للمدعى عليه موطن فى الجمهورية يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل اقامته. وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم».

٣- أن الحكم باعلان اعسار المدين غير التاجر يصدر من المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها موطنه، وقد نصت على هذا الحكم المادة ٢٥٠ من القانون المدنى: «يكون شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين».

٤- الوفاء بالالتزامات التى يكون محلها شيئا معينا بالذات يتم فى المكان الذى كان الشئ موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (م٣٤٧/١ مدنى) أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقًا بهذه الأعمال (م ٣٤٧/٢ مدنى).

٥- أن بعض التصرفات القانونية يجب أن تتم فى موطن أحد الطرفين فعقد الزواج لابد من ابرامه لدى المأذون الذى يقع في دائرته موطن الزوجة، وإجراء الطلاق يتم لدى المأذون الذى يقع فى دائرته موطن الزوج.

(أ) تعريف الموطن

تختلف التشريعات فى أسلوب تحديد الموطن، فمنها من يأخذ بما يسمى بالموطن الحكمى، ومنها من يأخذ بما يسمى بالموطن الواقعى.

أولا - مذهب الموطن الحكمى:

١٦٧- ويتخذ الموطن وفقا لهذا المذهب بالمركز الرئيسى الذى يمارس فيه الشخص أعماله، ففى هذا المكان يفترض القانون وجود الشخص وجوداً معتبراً من الناحية القانونية. والذى يلفت النظر فى هذا التحديد أنه لا يعتد بمقر الاقامة الفعلية للشخص، أى لا يأخذ بمقر المعيشة الدارجة (السكن). ويترتب على هذا الاختلاف أن موطن الشخص هو مقر أعماله الرئيسى[1] حتى لو لم يكن يتردد عليه إلا فى أوقات محددة أو نادرة، وهو ما يعنى أن فكرة الموطن فكرة مجردة وحكمية فى حين أن المسكن هو مقر حقيقى للاقامة[2].

ويذكر للطريقة السابقة بعض المزايا أهمها أنها أولا تتفادى الاعتداد بالمسكن المعتاد للشخص، فهذا المكان مخصص للحياة الشخصية الهادئة ولا علاقة له، أو يجب ألا تكون له علاقة، بمشكلات العلاقات القانونية بين الشخص وغيره. وبالتالى يتعين أن يكون الموطن مرتبطاً بالنشاط القانونى للشخص، وهو ما يتحقق فى مركز النشاط الرئيسى.

ومن ناحية ثانية فإن الأخذ بمركز النشاط الرئيس يحقق للموطن قدراً من الثبات والاستقرار[1] بحيث لا يكون قابلا للتغيير بسهولة، وهى ميزة تتأكد

---

(١) راجع المادة ١٠٢ مدنى فرنسى.

(٢) راجع: حسن كيرة، المدخل، ص ٥٣٨ ومابعدها - محمود جمال الدين زكى، السابق، رقم ٢٦٧، ص٣٩٦ ومابعدها.

بالمقابلة مع المسكن. فهذا الأخير يتغير بسهولة أكبر من تغيير مقر النشاط.

ويترتب على فكرة مقر النشاط الرئيسى نتائج متعددة أهمها[٢]:

١- أن الموطن اجبارى، بمعنى أنه يتعين على كل شخص أن يكون له موطن[٣]. ومع ذلك فإن هناك فئات من الأشخاص تزاول نشاطاً متحركاً غير ثابت، كما أن هناك أشخاص ليست لهم مقار نشاط ثابتة، وفى مثل هذه الفروض تتدخل التشريعات التى تأخذ بالتصوير الحكمى لكى تضع أسلوب تحديد الموطن بالنسبة لهذه الفئات، ويصبح الموطن الذى يحدده القانون موطناً قانونياً بدلا من أن يكون موطناً اختيارياً[٤].

٢- أن الموطن واحد لا يتعدد[٥]، ذلك أننا نأخذ، فى اطار التصوير الحكمى، بمركز النشاط الرئيسى، وهذا الأخير واحد لا يتغير. ومع ذلك فإن

---

(١) راجع ما قضى به فى فرنسا من الاعتداد بالمركز الرئيسى للنشاط بوصفه الموطن الوحيد رغم تعود الشخص على قضاء جزء من العام فى أماكن متعددة: عرائض أول فبراير ١٩١١ داللوز ١٩١٣ -١-٤٠٠، وراجع محمود جمال الدين زكى، الموضع السابق.

(٢) راجع مازو، السابق، رقم ٥٦٩، ص ٥٧٦، ورقم ٥٧٣ ص ٥٧٨- كاربونييه، السابق، ص٢٠٤ ومابعدها.

(٣) راجع نقض فرنسى أول فبراير سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣-١-٤٩٩ عرائض- سبقت الاشارة إليه.

(٤) فبالنسبة للبحارة الذين يعيشون على ظهر السفن مثلا تفرض المادة ٢/١٠٢ من القانون المدنى الفرنسى أن يتخذ كل منهم لنفسه موطنا من واقع قائمة تعدها الجهات الإدارية، كما يتحدد موطن ناقص الأهلية بموطن والديه أو موطن الوصى، ويتحدد موطن الزوجة بموطن زوجها (م ١٠٨ مدنى فرنسى) إلا إذا حدث طلاق أو انفصال جسمانى، ففى هذه الحالة يكون للزوجة موطن مستقل.

(٥) راجع: نقض دائرة العرائض الفرنسية السابق الاشارة إليه.

الأمر لا يظهر على هذا النحو من البساطة من الناحية العملية، فقد تتعدد أنشطة الفرد بحيث لا يتيسر الجزم بما هو رئيس من بينهما وما يعتبر ثانونياً. ويستعين القضاء الفرنسى فى هذا الصدد بعنصر يعتبره أساسا فى تحديد الموطن وهو عنصر النية، بمعنى أن يصبح الموطن هو المكان الذى يبدو أن النية قد اتجهت إلى اعتباره مركزا للنشاط الرئيسى. وواضح ما فى ذلك من صعوبة، فالنية عنصر نفسى يتعذر اثباته على وجه يقينى، ولهذا السبب يمكن تعزيز المعيار النفسى بالوضع الظاهر(١).

٣- كما أن **الموطن قد يتطابق مع المسكن بالنسبة لبعض الأشخاص**، كصاحب المصنع الذى يقيم فى مسكن ملحق، أو صاحب المزرعة الذى يقيم فى أرضه. والتطابق فى مثل هذه الحالات يعود إلى عامل واقعى هو وجود مسكن الشخص فى نطاق موطنه المعتبر كذلك قانونا، غير أن هناك حالات لا يكون فيها للشخص نشاط يمارسه على وجه الاستقلال ولحسابه الخاص، وهى حالة العامل أو الموظف مثلا، وفى هذا الفرض لا مناص من اعتبار موطن الشخص فى اطار مقر مسكنه المعتاد(٢).

- تلك كانت نظرية الموطن الحكمى، ومن خلال العرض السابق نستطيع أن

---

(١) راجع: كاربونييه، السابق، ص ٢٢١ ومابعدها، وراجع مازو، السابق، رقم ٥٧٨، وراجع عرائض ٧ يوليو ١٨٨٦ فى سيرى ١٨٨٦ -١- ١٥٢ و٤ أغسطس ١٨٩٦ فى سيرى ١٩٠٠ -١- ٥١٥.

(٢) راجع وقارن: مدنى فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٥ فى سيرى ١٩٠٥-١-٢١٥، عرائض ١١ مايو سنة ١٨٩٦ فى سيرى ١٨٩٧-١-٣١، نقض مدنى فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩٠١ فى سيرى ١٩٠٢-١-١٤٢.

نلمس ما يكتنفها من عيوب، فهى تفترض ابتداء أن لكل شخص نشاط ما، وهو افتراض لا يتفق مع حقيقة الواقع، فهناك أشخاص لا يمارسون أى نشاط لسبب أو لأخر (الأطفال وأرباب المعاشات).

وقد لاحظنا أن النظرية اضطرت نزولا على هذه الحقيقة إلى اضافة التعديلات والاستثناءات على مبدأ حكمها.

ومن ناحية ثانية فإن النظرية تفترض أيضا أن للشخص مركزا رئيسيا واحدا لنشاطه، فى حين أن من الأشخاص من يمارس أنشطة متعددة لا يقل أحدهما أهمية عن الأنشطة الأخرى.

وتؤدى هذه الحقيقة الأخيرة، فى ظل نظرية الموطن الحكمى إلى ضرورة الاختيار التحكمى لمركز أحد الأنشطة لاتخاذه موطنا للشخص.

وفضلا عما يؤدى إليه هذا الأسلوب من تحكم فإن ما ينتهى إليه من نتيجة يلقى أولا على عاتق الغير مشقة التحرى عن ما يعد مركزا للنشاط الرئيسى. وهو ثانيا يخلق بالنسبة للمتعاملين مع الشخص فى صدد أوجه النشاط الأخرى، رابطة صناعية غير مقنعة. وقد يؤدى هذا الوضع الأخير إلى خطأ الأشخاص فى اعلان الشخص بالأوراق القضائية المختلفة بما يؤدى إلى تهديد مصالحهم بالضياع[1] وقد أشرنا إلى أن القضاء الفرنسى يتجه أحياناً إلى الأخذ بفكرة الموطن الظاهر. وهو ما يمثل اتجاها نحو التخفيف من مساوئ النظرية. فيجوز للشخص أن يعلن خصمه فى موطنه الظاهر متى اعتقد بحسن نية أن هذا الموطن هو موطنه الحقيقى أو كان عاجزاً عن تحديد المركز الرئيسى

---

(١) حيث لا ينتج الإجراء أثره القانونى إذا اتخذ فى غير موطن المعلن إليه.

لنشاط ذلك الخصم[١].

ثانيا: مذهب الموطن الحقيقى أو الواقعى:

١٦٨- وفى هذا المذهب يعتد بمقر الاقامة الحقيقى، فتعريف الموطن لا يتم بعكس المذهب السابق، عن طريق مجرد الافتراض.

ويعرف الموطن بالتالى بأنه محل الاقامة المعتادة والمستقرة. ولا يختلف الموطن وفق هذا التصوير باختلاف شئون الفرد أو بتعدد أوجه نشاطه. فالموطن من حيث المبدأ هو دائما مقر الاقامة المعتاد بالنسبة للنشاط التجارى أو الصناعى أو الزراعى، كما أنه على ذلك النحو سواء كنا فى صدد رفع دعوى قضائية و استدعاء إدارى أو انذار بوفاء دين...الخ.

وتتضمن فكرة الموطن الواقعى عنصرين رئيسيين: الأول ويسمى العنصر المادى هو الاقامة الفعلية فى مكان معين، والثانى يطلق عليه العنصر المعنوى ويعكس نية الاستقرار فى ذلك المكان. والعنصر النفسى يعد مسألة نفسية داخلية لذلك يستدل عليها بمظاهر الاعتياد على الاقامة على نحو يصح معه القول بأن الشخص تربطه بالمكان رابطة وطيدة ومستقرة[٢].

ويلاحظ أن الاقامة المستقرة تؤدى إلى توافر قرينة الاستقرار، ولكن بمجرد التغيب عن المكان من وقت لآخر لا يؤدى فى حد ذاته إلى انتفاء وصف الموطن،

---

(١) راجع: نقض فرنسى ٧ يونيو ١٨٨٥ فى سيرى ١٨٨٦-١-١٥٢ السابق الاشارة إليه.

(٢) راجع: أحمد سلامة، المرجع السابق، رقم ٩١ ص ١٥٨ - محمود جمال الدين زكى، الموضع السابق، وراجع نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص٨٠٢.

فالاستقرار لا يقتضى بالضرورة الاستمرار الدائم، ويترك الأمر عند الخلاف لتقدير القضاء فى كل حالة على حدة[١].

ويترتب على التحديد السابق أن الموطن ليس هو أى مكان يسكن فيه الشخص، فوصف الموطن لا يتوافر إذا أقام الشخص فى مكان معين بغير نية الاستقرار فيه، وبالتالى لا يعد موطناً للشخص مسكنه الكائن فى المصيف أو المشتى أثناء اقامته المؤقتة فى أى منهما، كما لا يعد كذلك الفندق الذى يقيم فيه الشخص أثناء رحلة أو زيارة. ففى هذه الفروض توصف الاقامة بأنها عارضة وليست مستقرة.

وإذا توافر العنصران المادى والمعنوى اعتبر المكان موطنا بغض النظر عن مدة اقامة الشخص فيه، فالموطن حالة واقعة يمكن أن تتغير وفق ظروف الشخص ومشيئته.

ومن مزايا الأخذ بنظام التصوير الواقعى للموطن أنه يؤدى إلى بساطة معيار الموطن وسهولته بالنسبة لجمهور المتعاملين مع الشخص، فهو يربط الموطن بحالة الاقامة الفعلية والمستقرة، وبالتالى تجئ هذه النظرية خالية من التحكم الصناعى الذى تستند إليه النظرية الحكمية[٢].

ويترتب على التصوير الواقعى عدة نتائج:

١- **أن الشخص قد لا يكون له موطن على الاطلاق**، وذلك حيث لا يكون له محل اقامة معتاد، ويتحقق هذا الوضع بالنسبة للبدو الرحل، والبحارة، وكل

---

(١) راجع: عبد الحى حجازى، السابق، رقم ٥٥٤.

(٢) راجع: حسن كيرة، المدخل، ص ٥٤٢.

شخص آخر تقوم حياته على التنقل المستمر من مكان إلى آخر.

٢- أن الموطن يتعدد إذا تعددت الأماكن التى يقيم فيها الشخص على وجه الاعتياد، كرجل الأعمال الذى يقيم فى المدينة ابان جزء من العام ويقيم فى الريف أثناء جزء آخر، كما يتحقق التعدد فى حالة تعدد الزوجات إذا كان الزوج قد هيأ لكل منهن مسكنا مستقلاً.

٣- أن الموطن كما سبق القول **يمكن تغييره**، فالتصوير الواقعى يقوم على حقيقة الاقامة بنية الاستقرار، ولا مانع من أن يغير الشخص تلك الاقامة من وقت لآخر.

(أ) موقف القانون المصرى فى شأن الموطن العام:

١٦٩- أخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى للموطن العام، فقد نصت المادة ٤٠ من القانون المدنى على أن «موطن الشخص هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما».

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى، تعليقاً على أحكام الموطن، أن المشرع «يعتد بالأمر الواقع وبالمألوف فى عرف المتعاملين وينتفع من التجربة التى أسفر عنها إعمال نظام الجنسية فى تكييف

---

(١) راجع: عبد الحى حجازى، السابق، رقم ٥٥٤ الذى يشير إلى أن هذا الأمر يعد نتيجة منطقية وعملية، فهى منطقية «لأنه ليس ثمة سبب معقول إذا كان الشخص يقيم نصف العام فى مكان ويقيم نصف العام فى مكان آخر، أن نقول ان موطنه يوجد فى أحد المكانين دون الآخر...»، وهى نتيجة عملية لأنها تتيح للدائنين أن يصلوا إلى مدينهم المتعاقد معهم بدون مشقة عليهم فى ذلك.

فكرة الموطن، فالغالب أن يكون للشخص موطن واحد. كما أن الغالب أن ينتمى الشخص إلى جنسية واحدة. ولكن من الأشخاص من لا يكون له موطن ما ومنهم من يتعدد موطنه. والموطن وفقا لهذا التصوير حالة واقعية ولذلك من الميسور أن يتعدد موطن الشخص أو أن ينتفى على وجه الاطلاق[1].

غير أن الأخذ بفكرة الموطن الواقعى يعنى فقط أنه الصورة الأساسية، أى الموطن العام، ولكنه لا يعنى أنه الصورة الوحيدة، حيث يوجد إلى جانب هذا الموطن العام حالات خاصة يتحدد فيها الموطن على أساس آخر، وهو ما سنعرض له تحت عنوان أنواع الموطن.

(ب) أنواع الموطن الأخرى:

يعتبر الموطن السابق عرضه الموطن العام للشخص، وهو مكان يقيم فيه الشخص، كما أشرنا، باختياره، ويملك بالتالى سلطة تغييره.

غير أن النظام القانونى يعرف إلى جانب الموطن العام: الموطن القانونى أو الالزامى، والموطن الخاص ويشمل موطن العمال والموطن المختار.

أولا- الموطن القانونى أو الالزامى:

١٧٠- نصت المادة ٤٢ من القانون المدنى على أن «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا». ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها».

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء أول ص ٤٤٣، أشار إليه محمود جمال الدين زكى، السابق، ص ٤٥٠ هامش ٢.

ويبين من النص السابق أن المشرع قد تعرض لحالة عديم الأهلية[1] أو ناقصها[2] والمفقود والغائب، وهى فئات يقيم النظام القانونى لكل فرد فيها نائبا يتولى إدارة أعماله والتصرف نيابة عنه، وهذا النائب هو الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب. فإذا ثار شأن من الشئون القانونية، بالنسبة للفئات الواردة فى النص، تعين ألا توجه المكاتبات القانونية إليهم فى مواطنهم ولكن إلى موطن من ينوب عنهم قانوناً.

وتعد هذه الصورة الخاصة تطبيقاً لنظرية الموطن الحكمى وليس الموطن الواقعى، فموطن الولى أو الوصى.. ليس هو محل اقامة المشمول بالولاية أو الوصاية بالضرورة، ولكن القانون اعتبر الموطن فرضا.

ويلاحظ أن القانون المصرى لا يتضمن أي تطبيق آخر للموطن الالزامى أو القانونى.

فالزوجة كاملة الأهلية يمكن أن يكون لها موطن مستقل عن موطن زوجها مع ملاحظة أن اقامتها المعتادة تكون غالبا مع زوجها[1]، ولذات السبب السابق فإن للخادم موطنا مستقلا عن موطن مخدومه، وهو مقر اقامته المعتاد[2].

وقد تقررت قاعدة الموطن الالزامى لاعتبارات مقنعة تماما، فإذا كان ناقص الأهلية أو فاقدها أو الغائب، لا يمارس بنفسه التصرفات القانونية بل يمارسها

---

(١) راجع: حسن كيرة، المدخل، رقم ٢٨٣ ص ٥٤٤ ومابعدها، عبد الحى حجازى، السابق، رقم ٥٦٠ ص ٤٨٨ ومابعدها، عكس ذلك القانون الفرنسى الذى ينص على أن موطن الزوجة هو موطن زوجها، وقد سبقت الاشارة إلى هذا الحكم.

(٢) حسن كيرة، الموضع السابق.

عنه شخص آخر، فإن من المنطقى أن توجه الإجراءات والمطالبات إلى موطن هذا النائب مباشرة.

ومع ذلك، فإن هذه الاعتبارات ذاتها هى التى تضع حدود الموطن القانونى، فإذا اعترف القانون لبعض الفئات المشار إليها بأهلية التصرف القانونى، على سبيل الاستثناء في حالات معينة، تعين الرجوع فى شأن هذه الحالات إلى الموطن الاختيارى للشخص، وهو مقر اقامته المعتاد . ويتحقق هذا الفرض بالنسبة للصغير الذى لم يبلغ سن الرشد، حيث يسمح القانون بمباشرة بعض التصرفات ببلوغه سن السادسة عشرة (الإذن له بالتصرف فيما يكسبه من عمله الخاص) أو ببلوغه سن الثامنة عشرة (الإذن له بالتجارة) . (وتتقرر ذات الاستثناءات بالنسبة للسفيه وذى الغفلة) .

ويترتب على منطق القول السابق أن يصبح لناقص الأهلية موطنين أولهما: الموطن الالزامى القانونى كقاعدة عامة، والثانى هو موطنه الشخصى على سبيل الاستثناء، وعلى النحو السابق. وقد أشارت إلى هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٣ مدنى والتى سبق عرضها .

ثانيا- الموطن الخاص (موطن الأعمال والموطن المختار):

(أ) موطن الأعمال:

١٧١- نصت المادة ٤١ مدنى على أن «يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة» .

ويترتب على هذا النص، أن يكون للتاجر أو الحرفي موطن خاص إلى

جانب موطنه العام. ويعمل بالموطن الخاص فى حدود إدارة أعمال التجارة أو الحرفة. أما فيما عدا ذلك من شئون (كمنازعات الطلاق والزواج والنفقة مثلا)، فالمرجع فيها هو الموطن العام (مقر الاقامة المعتاد).

ويحقق هذا الازدواج فى الموطن قدرا من التيسير على الأشخاص الذين يتعاملون مع التجار والحرفيين.

غير أن القانون لم ينص على الموطن الخاص بالأعمال إلا بالنسبة للطائفتين المشار إليهما فى المادة ٤١ مدنى. أما غير هؤلاء فلا يجوز اعلانهم فى مقار أعمالهم بل يتعين بالضرورة اعلانهم فى موطنهم العام. وتطبيقا لهذا التحديد لا تعد الجامعة أو المدرسة موطنا بالنسبة للطالب، كما لايعد موطنا للموظف مقر وظيفته[1].

(ب) الموطن المختار:

١٧٢- نصت المادة ٤٣ مدنى على أنه:

١- يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين.

٢- ولا يجوز اثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة.

٣- والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل، بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى.

---

(١) راجع: حسن كيرة، السابق، ص ٥٤٦ ومابعدها.

ويجيز النص السابق للأفراد الاتفاق على اختيار موطن خاص فى صدد علاقة معينة. ومن قبيل الموطن المختار ما يجرى عليه العمل أحياناً من اتخاذ مكتب المحامى موطناً مختاراً فى صدد علاقة قانونية معينة. كما قد يتم اختيار الموطن المختار بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين باعلان يوجهه إلى الطرف الآخر.

وقد يفرض القانون على الشخص اختيار موطن فى دائرة اقليم معين، ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من الزام الدائن المرتهن، ومن فى حكمه، من الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التى يتم شهرها بطريق القيد، باتخاذ موطن مختار له فى دائرة المحكمة الواقع فى دائرة اختصاصها العقار المحمل بالحق العينى التبعى.

وإذا تم اختيار الموطن فالأصل أنه يشمل كافة الإجراءات القانونية المتعلقة بموضوع معين بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الخاصة بالأحكام القضائية. غير أن اختيار الموطن قد يقترن أحياناً بتحديد نطاقه فى صدد نوع معين من الأعمال، كالانذارات، واقامة الدعوى، مع بقاء ما عداها محالا على الموطن العام.

وأخيراً يلاحظ أن المشرع تطلب أن يتم اثبات الموطن المختار كتابة، أياً كانت قيمة العمل القانونى الذى تم تحديد الموطن بمناسبته. وقد استهدف المشرع من هذا الحكم تفادى ما قد ينشأ من خلاف حول الاتفاق على الموطن المختار.

ملحق - نقض ٢٧ مايو سنة ١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٢٠٨ فى شأن الموطن:

وحيث إن هذا الطعن أقيم على أسباب حاصل أولها أن الحكم المطعون فيه أخطأ فى تطبيق القانون، وفى بيان ذلك يقول الطاعنون إن المطعون عليهما أعلنا الطاعن الثالث بصحيفة الاستئناف وأعادا اعلانه للنيابة العامة باعتبار أنه غير معلوم له محل اقامة تطبيقا لنص الفقرة ١١ من المادة ١٤ من قانون المرافعات السابق، هذا فى حين أن الثابت من اعلان صحيفة افتتاح الدعوى أن للطاعن المذكور موطنا معلوما فى الخارج إذ أجيب فيها بأنه «طالب بجامعة فيينا بالنمسا» مما كان يتعين معه اعلانه بصحيفة الاستئناف بهذا الموطن بالخارج وذلك بتسليم ورقة الاعلان وورقة اعادة الاعلان - الاعذار .. للنيابة العامة لإرسالهما لوزارة الخارجية لتقوم بتوصيلهما له بالطرق السياسية عملا بالفقرة ١٠ من المادة ١٤ من قانون المرافعات المشار إليه، وإذا لم يتم الاعلان على هذه الصورة ولم تقض محكمة الاستئناف من تلقاء نفسها ببطلان الاستئناف لبطلان إعلان صحيفته واعادة اعلانها فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أن الثابت من بيانات الإعلانات أمام محكمة أول درجة أن آخر موطن معلوم للطاعن الثالث كان بناحية أم دومة، ولم يتم اعلانه بها وأجيب بأنه طالب بجامعة فيينا مما دعا إلى تسليم هذه الاعلانات للنيابة باعتبار أنه غير معلوم له موطن بالجمهورية العربية أو بالخارج. ولما كان تحديد المادة ٤٠ من القانون المدنى للموطن بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تصوير واقعى يرتكز على الاقامة الفعلية، فإن مؤدى ذلك أن لا يعد المكان الذى يتلقى فيه الطالب العلم - دون أن يقيم فيه - موطنا له. لما كان ذلك وكان الثابت من بيانات أوراق الإعلان أمام المحكمة أول درجة على النحو المتقدم ذكره، أن الطاعن الثالث طالب بجامعة فيينا بالنمسا ولم يثبت بالأوراق أنه يقيم بها، وإذ تفيد ورقة اعلان واعادة اعلان صحيفة الاستئناف أن آخر موطن للطاعن الثالث بالجمهورية العربية المتحدة كان بناحية أم دومة مركز طما، فإن فى ذلك ما يبرر اعلانه ثم اعادة اعلانه بصحيفة الاستئناف للنيابة العامة على الصورة التى تم بها وذلك باعتبار أن موطنه غير معلوم بالجمهورية أو بالخارج بالتطبيق لنص الفقرة الحادية عشرة من المادة الرابعة عشرة من قانون المرافعات السابق. ولا محل لإعمال الفقرة العاشرة من المادة الرابعة عشرة من قانون المرافعات المشار إليه والتى تنص على «فيما يتعلق بالأشخاص الذين لهم موطن معلوم بالخارج تسلم للنيابة وعلى النيابة ارسال الصورة لوزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق السياسية»، ذلك أن الإعلان على ما تقتضيه هذه المادة يكون فى حالة من يكون المطلوب إعلانه له موطن معلوم بالخارج وفقا للتصوير

السابق الاشارة إليه. وإذا لم يتوافر للطاعن الثالث موطن بالخارج وفقاً لبيانات أوراق الاعلان المطروحة، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون إذ اعتبر موطن الطاعن الثالث غير معلوم بالجمهورية أو بالخارج وأجاز إعلانه للنيابة بالتطبيق للمادة ١١/١٤ المشار إليها ويكون النعى على الحكم بهذا السبب على غير أساس.

وحيث إن حاصل السبب الثانى أن الحكم المطعون فيه أخطأ فى تطبيق القانون، وفى بيان ذلك يقول الطاعنون إن المطعون عليهما يعلمان أن الطاعنة الخامسة تقيم مع زوجها بشارع كلية البنات بأسيوط وقد أعلناها بصحيفة الاستئناف فى هذا الموطن واستلمت الاعلان شخصيا، إلا أنهما أعادا اعلانها - اعذارها - فى ٦ يوليه سنة ١٩٦٤ بناحية أم دومه مركز طما وقدأثبت المحضر فى هذه الورقة أنه خاطب أخاها المقيم معها لغيابها وسلمه الاعلان، وذلك رغم علم المطعون عليهما بأن محل اقامتها بأسيوط، وهو السابق اعلانها فيه، وإذ كان كل هذا الإجراء باطلا فإنه يترتب عليه بطلان الحكم المطعون فيه.

وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أنه لما كان الثابت من مطالعة أصل إعادة اعلان الطاعنة الخامسة - الاعذار - أمام محكمة الاستئناف أن المحضر أثبت فيه أنه انتقل إلى محل اقامة الطاعنة الخامسة بأم دومه مركز طما «مخاطبا مع أخيها السيد يوسف عبد القادر المقيم معها لغيابها الآن». وسلمه صورة من الإعذار. ولئن كان الثابت أن الطاعنة الخامسة سبق أن أعلنت بصحيفة الاستئناف بمنزلها الذى تقيم فيه مع زوجها بأسيوط، إلا أن الثابت أيضا أنه سبق إعلانها بالدعوى الابتدائية بناحية أم دومه مركز طما. لما كان ذلك وكان تقدير عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرهما فى الموطن هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور الواقعية التى يقدرها قاضى الموضوع، وإذ يجوز طبقا للمادة ٤٠ من القانون المدنى أن يكون للشخص أكثر من موطن، وكان يجوز اعلان الشخص فى أى موطن منها، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ انتهى إلى اعتبار اعادة اعلان الطاعنة الخامسة بناحية أم دومة مركز طما اعلانا صحيحا ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس.

البند الثالث

الحالة

(الانتماء للأسرة)

١٧٣- من أهم ما يميز الشخص انتمائه إلى أسرة معينة، ويترتب على هذا الانتماء آثار قانونية متعددة. ومن هذه الآثار ما يتخذ طابعاً مالياً كالنفقة والميراث، ومنها ما ليس له طابع مالى، كالحقوق الناشئة عن الرابطة بين الأب وأبنائه، والحقوق الناشئة عن رابطة الزوجية، كحقوق الطاعة والتأديب والتربية والرعاية ... الخ.

وتدور الصلات الأسرية حول المحاور الآتية:

١- رابطة الزواج.

٢- رابطة المصاهرة.

٣- رابطة القرابة.

٤- الديانة.

٥- الجنسية.

١- الزواج: هو الرابطة المنشئة للعلاقات العائلية، ويتم بابرام عقد بين طرفين يتراضيا فيه على المعيشة المشتركة. ويتمتع الأفراد بالاختيار فى الدخول في علاقة الزوجية أو الامتناع عنها، ولكنهم حين يختارون الزواج تنحسر حريتهم فى تنظيم الآثار المترتبة عليه، فقد تكفل القانون بتنظيم هذه الآثار بطريقة آمرة لا يستطيع الأفراد تغييرها.

٢- رابطة القرابة: وهى رابطة الدم التى تجمع بين الأفراد المنتمين إلى

أسرة واحدة، وتتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه ويعتبر ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك (مادة ٣٤ مدنى).

وتنقسم **القرابة إلى نوعين: قرابة مباشرة**: وهى الرابطة التى تجمع الأصول بالفروع ويسميها بعض الفقهاء بقرابة الخط المستقيم. **وقرابة حواشى** وهى الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر (م ٣٥ مدنى).

وقد بين القانون كيفية حساب درجة القرابة بالنسبة لكل من النوعين. فقد نصت المادة ٣٦ مدنى على أن يراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة.

وتبدو أهمية حساب درجة القرابة فيما يقرره القانون من قصر بعض الآثار القانونية على الأقارب حتى درجة معينة. ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادة ٢٢٢ مدنى، «يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا، ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج وللأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب».

٣- رابطة المصاهرة: وهى الصلة الناشئة عن الزواج بين كل من الزوجين وأقارب الزوج الآخر، وقد نصت المادة ٣٧ مدنى على أن قريب أحد الزوجين يعتبر قريبا للزوج الآخر وبذات الدرجة. ومعنى ذلك أن أخ الزوج يعتبر قريبا بالمصاهرة للزوجة من الدرجة الثانية، وأن أب أحد الزوجين يعتبر قريبا

للآخر من الدرجة الأولى. بيد أن هذه القاعدة لا تعنى أن قرابة المصاهرة ترتب كل الآثار القانونية لقرابة الدم من ميراث ونفقة.. ولكن القانون رتب عليها بعض الآثار فى حالات معينة. ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة ٩٣٩ مدنى من أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية».

ومثال آخر تقدمه المادة ١/٣١٣ مرافعات حيث تقضى بوجوب تنحى القاضى عن نظر الدعوى إذا كانت له قرابة نسب أو مصاهرة بأحد الخصوم للدرجة الرابعة.

٤- الديانة: يعبر الدين عن عقيدة الإنسان فى الايمان بخالقه سبحانه وتعالى. والأصل فى المبادئ الدستورية العامة حظر التفرقة بين شخص وآخر بسبب الدين أو غيره. ومع ذلك فقد كان لاختلاف الدين من الآثار الهامة فى العصور القديمة، حيث كانت بعض المجتمعات تقيم رابطة الجنسية على أساس العقيدة الدينية. ومن الدول المعاصرة من تأثر بهذا المفهوم، ومازال كذلك، ومنها جمهورية مصر العربية. ففى القانون المصرى هناك آثار للديانة من عدة وجوه. **فمن ناحية أولى:** يختلف القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية فيما بين المصريين، باختلاف الدين. فالشريعة الإسلامية تطبق على الأحوال الشخصية للمسلمين، كما تطبق على غير المسلمين المختلفين دينا أو مذهبا أو طائفة، فى حين تطبق الشريعة الخاصة بغير المسلمين عليهم إذا اتحدوا فى المحاور الثلاث المذكورة. **ومن ناحية ثانية** فإن قوانين المواريث مأخوذة في مصر عن الشريعة الإسلامية، ومن أحكامها ما يقيم أثرا لاختلاف الدين، ومن

هذا القبيل ما تنص عليه المادة ٦ من قانون المواريث من أنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم. كذلك الحال فى مسائل الزواج حيث يجوز زواج المسلم بغير المسلمة ولا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم. وأخيراً فإن القانون المصرى يطبق بعض الآثار المدنية للردة عن الإسلام.

٥- **الجنسية:** تعبر الجنسية عن رابطة الانتماء بين المواطن والدولة. وفى القانون المصرى يحدد القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية في المادة الأولى منه من هم المصريون. كما يحدد طرق اكتساب الجنسية ومن أهمها الأخذ برابطة الدم من جهة الأب أساساً. فالمصرى وفقا للمادة ٢ من القانون المذكور هو من ولد لأب مصرى بصفة أساسية، ولا تمنح الجنسية من جهة الأم إلا لمن ولد في مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له - من ولد فى مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانونا - من ولد فى مصر من أبوين مجهولين. ويعتبر اللقيط فى مصر مولودا فيها ما لم يثبت العكس. راجع المواد ١ و٢ و٣ و٤ و٥[1] ومابعدها. ويترتب على اكتساب الجنسية أن يصبح الشخص متمتعاً بكافة الآثار القانونية لمركزه كمواطن، وعلى قدم المساواة بين جميع المواطنين، ما لم ينص القانون على ارجاء التمتع ببعض المزايا - فى حالة الجنسية المكتسبة (الطارئة) - لمدة معينة بعد اكتسابها.

كذلك فإن تخلف الجنسية يحرم الأجنبى من كثير من الحقوق، كما يعفيه من بعض الواجبات (التجنيد مثلا). ومن التطبيقات الهامة فى القانون المصرى - فى اطار العقارات - تقييد حق الأجنبى فى اكتساب ملكية الأراضى الزراعية والعقارات بصفة عامة.

---

(١) نصت المادة الخامسة على أنه يجوز لرئيس الجمهورية منح الجنسية المصرية دون تقيد بالشروط القانونية الواردة فى المادة ٦٤ التى تعطى لوزير الداخلية منح الجنسية بشروط محددة، لكل أجنبى يؤدى لمصر خدمات جليلة وكذلك لرؤساء الطوائف الدينية فى مصر.

المطلب الثالث

عناصر الشخصية القانونية

١٧٤- ونقصد بعناصر الشخصية القانونية المقومات الأساسية اللازمة لتحقيق مضمونها. فالشخصية القانونية تعبير عن الصلاحية لممارسة الحياة القانونية، ومصدر هذه الصلاحية إنما هو النظام القانونى ذاته، فهى وليدة هذا النظام يمنحها ويرسم حدودها.

فإذا قلنا إن الشخصية القانونية هى صلاحية لممارسة الحياة القانونية تدرجنا إلى القول **بأن لهذه الصلاحية جانبين: الأول** مفاده قابلية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ويسميها الفقه **بأهلية الوجوب، والثانى** مفاده صلاحية الشخص الذى تسبغ عليه الشخصية القانونية لاتيان الأفعال والتصرفات المنشئة للحق وللالتزام. ويسميها الفقه **بأهلية الأداء.**

وأخيراً فإن من الحقوق والالتزامات التى تلحق بالشخص ما يتخذ طابعاً مالياً أى يقبل التعبير عنه اقتصادياً. ويعبر الفقه عن مجموع ما للشخص من حقوق والتزامات مالية بالحالة المالية للشخص أو «الذمة المالية».

ونخلص من هذه الكلمة الموجزة إلى أن عناصر الشخصية القانونية هى الأهلية والذمة المالية، وسنعرض لكل منهما فى بند مستقل:

البند الأول

الأهليـــــة

١٧٥- أشرنا إلى أن من عناصر الشخصية القانونية الأهلية، وأنها تشمل جانبين: **الأول** هو أهلية الوجوب، وتعنى صلاحية الشخص أو قابليته لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام، **والثانى هو أهلية الأداء**، وتعنى قدرة أو

صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التى تكسبه الحق أو تحمله بالالتزام.

وأشرنا أيضا إلى أن الطفل يكتسب الشخصية القانونية منذ تمام ولادته حيا، وهو بتمتعه بالشخصية القانونية يصبح صالحا لاكتساب الحق أو للتحمل بالتزام (أهلية الوجوب) بل ان هذا المعنى يعكس أول وأهم مظاهر الشخصية القانونية.

ولكن تمام الولادة وما يصاحبه من اكتساب الشخصية القانونية لا يؤدي بالضرورة إلى القدرة على مباشرة التصرفات القانونية (أهلية الأداء)، فالتصرف القانونى عمل يستند أساساً إلى الإرادة، ولذلك يجب أن يتمتع بالقائم به بالادراك والتمييز اللازمين لحسن التصرف.

واستنادا إلى هذا المفهوم كان منطقيا أن تتدرج أهلية الأداء مع تدرج السن حتى بلوغ سن الرشد.

غير أن بلوغ الشخص لسن الرشد لا يمنع المساس بأهليته، فقد يصيبه عارض يعدم فيه الأهلية، أو ينتقص منها، وقد يلحق به مانع يحول دون مباشرتها.

وانطلاقاً من هذه المعطيات سنعرض أولا لأحكام أهلية الأداء، حيث نعرض بشئ من التفصيل للمراحل التى تمر بها ثم لعوارضها فموانعها. فإذا ما انتهينا من بحث هذه المسائل انتقلنا إلى دراسة ما يتصل بالأهلية من نظام الولاية على المال الذى وضعه المشرع بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ليحمى عديمى الأهلية وناقصيها، حيث جاء هذا القانون مكملا للقواعد المنظمة للأهلية التى وردت فى التقنين المدنى فى المواد ٤٤ ومابعدها.

أولا - أحكام أهلية الأداء

(أ) المراحل التي تمر بها أهلية الأداء:

١٧٦- أشرنا إلى أن أهلية الأداء تتدرج مع تدرج السن، فهي تمر بثلاث مراحل على النحو التالي:

المرحلة الأولى: وتبـــدأ من تاريخ تمام الولادة حــتى بلوغ سن السابعة: (الصبي غير المميز):

١٧٧- وقد اعتبرها القانون مرحلة انعدام التمييز، وخلص من ذلك إلى منع الصغير من مباشرة كافة التصرفات القانونية، فإن تصرف بالمخالفة لهذا الحظر اعتبر تصرفه باطلا بطلانا مطلقا. ويستوى فى ذلك أن يكون التصرف نافعا نفعا محضا كقبول الهبة، أو دائرا بين النفع والضرر كالبيع. أو ضارا ضررا محضا كهبة المال للغير. ونظرا لأن البطلان المطلق يعنى انعدام التصرف واعتباره غير قائم منذ نشأته فقد قرر المشرع امتناع تصحيح العقد بإجازته، كما أجاز لكل صاحب مصلحة أن يتمسك بالبطلان، كما أجاز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.

ويقوم الولي (الأب أو الجد الصحيح) أو الوصى (الذى يختاره الأب، أو تعينه المحكمة) بإدارة أموال الصبي غير المميز لمصلحته ونيابة عنه.

المرحلة الثانية: وتبدأ ببلوغ السابعة وتنتهى ببلوغ الواحد والعشرين:

١٧٨- وقد قدر المشرع أن مكنة التمييز تبدأ فى هذه المرحلة، لذلك أجاز للصغير أن يجرى بعض التصرفات، ومنعه من إجراء بعضها الآخر، وذلك على ضوء درجة الخطورة التى يمثلها التصرف بالنسبة للشخص، ثم توسع فى نطاق التصرفات الجائزة مع تقدم السن على ما سنرى.

المبدأ الذى يحكم تصرفات الصغير المميز:

يجوز للصغير فى هذه المرحلة أن يباشر التصرفات النافعة نفعاً بحتاً أى أن يقبل الهبة مثلا. وتقع تصرفاته الضارة ضرراً محضاً باطلة بطلاناً مطلقاً. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتقع باطلة بطلانا نسبياً (قابلة للبطلان) بمعنى أن تظل صحيحة إلى أن يحدث أحد أمرين: أن يتمسك ببطلانها القاصر أو من ينوب عنه، أو أن يجيزها الولى أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

وترد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات المحددة التى تتوافر فيها أهلية الصغير، وهى استثناءات تختلف باختلاف مراحل ثلاث (فى نطاق ما بين السابعة والواحد والعشرين): **المرحلة الأولى** تبدأ من تمام السابعة، وتبدأ **الثانية** ببلوغ السادسة عشرة، وتبدأ **الثالثة** ببلوغ الثامنة عشرة.

١- استثناءات تتقرر ببلوغ سن السابعة:

(أ) نصت المادة ٦١ من قانون الولاية على المال أن يكون للقاصر فى هذه السن أهلية التصرف فيما يوضع تحت يده لأغراض نفقته الخاصة. ويبرر هذا الاستثناء ضآلة هذه المبالغ عادة، وليس من الملائم عملا أن تفرض قيود على الصغير فى هذا الصدد.

ويؤدى منطق الاستثناء إلى اباحة كافة أنواع التصرفات فى حدود المال المذكور، حتى ولو كان التصرف تبرعا، كما يؤدى إلى وجوب التقيد بحدود الاستثناء، بمعنى أن أى التزام من جانب الصغير يُجاوز حدود ما خصص لنفقته يجب إخضاعه للقاعدة العامة.

(ب) نصت المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال على جواز قيام الصغير بابرام عقد العمل الفردى، ويجوز للوصى إذا قدر خطورة العمل فى هذه السن، على صحة الصغير، أو على مستقبله، أن يطلب من المحكمة أن تقضى بانهاء العقد، ثم جاء قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ فى المادة ١/٦٤ ليحظر تشغيل الأطفال قبل بلوغهم اثنتى عشر سنة ميلادية(١).

٢- استثناءات تتقرر للصغير عند بلوغ السادسة عشرة:

نصت المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال أن يكون للصغير التصرف بعوض أو بغير عوض فيما يكسبه من عمله، ولا يجوز أن تتعدى التزامات الصغير حدود ما يكسبه فإن جاوزت ذلك خضع التصرف لحكم القواعد العامة.

ويبرر هذا الاستثناء أن الصغير الذى يكسب من عمله الخاص جدير بالثقة فى تصرفاته، وبالتالى، فإذا ثبت من تصرف الصغير أنه غير جدير بهذه الثقة جاز للمحكمة أن تقيد تصرفاته بالنسبة لما يكسبه من عمله باخضاعها لنظام الولاية أو الوصاية.

٣- استثناءات تتقرر للصغير ببلوغ الثامنة عشرة:

(أ) أجاز القانون (م ٦٩٢ مدنى والمواد ٥٤ ومابعدها من قانون الولاية على المال) أن يأذن الولى (باشهاد لدى الموثق) والمحكمة لمن بلغ الثامنة عشرة بتسلم أمواله لإدارتها. ويقتصر الاستثناء على أعمال الإدارة - دون أعمال التصرف - كالترميم والاصلاح والزراعة... الخ، ويستطيع الصغير وفاء

---

(١) راجع: شرح أحكام قانون العمل: حمدى عبد الرحمن وخالد حمدى، ٢٠٠١، رقم ٨١.

واستيفاء ما يترتب على الإدارة من ديون، حتى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ، أو بأى سند تنفيذى آخر، كما حظر عليه أن يتصرف فى الربح الناتج من الإدارة إلا بالقدر اللازم لنفقته ونفقة من تلزمه نفقتهم قانونا (م ٥٦ من قانون الولاية على المال).

ويخضع الصغير فى إدارته لأمواله لرقابة الولى الذى أذن له بالإدارة، فيجوز للولى أن يسحب منه الإذن كليا أو جزئيا إذا وجدت أسباب تبرر ذلك. وإذا كان الإذن بالإدارة قد صدر من المحكمة، فيجب على القاصر أن يقدم لها حسابا سنويا، وللمحكمة أن تأمر بإيداع ما يتوفر من أموال خزانة المحكمة (فيمتنع السحب منها إلا بإذنها). كما تجوز للمحكمة أن تحد من الإذن أو أن تسحبه إذا ما أساء القاصر التصرف.

(ب) نصت المادة ٦ من قانون الولاية على المال على أن إذن المحكمة للقاصر بالزواج (الثامنة عشرة هى الحد الأدنى للزواج قانوناً) يعد إذناً له بالتصرف فى المهر والنفقة. ففى حدود ما يوضع تحت تصرف القاصر لهذا الغرض يعتبر القاصر كامل الأهلية. أى قادراً على إجراء ما يراه من تصرفات قانونية معاوضة كانت أم تبرعاً.

(جـ) نصت المادة ٥ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص باصدار قانون الوصية على جواز وصية من بلغ الثامنة عشرة إذا أذنت له المحكمة. وقد هدف المشرع من هذا الاستثناء إلى فتح الباب أمام القاصر لأداء عمل من أعمال القربى ثم حرص على وضع الأمر تحت رقابة القضاء.

(د) أجازت المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال أن تأذن المحكمة لمن بلغ الثامنة عشرة بالاتجار، وتضع المحكمة الحدود التى يتحرك فيها نشاط القاصر

حيث يجوز أن يكون الإذن مطلقا أو مقيدا ولا اختصاص لغير المحكمة (الولى أو الوصى) فى اعطاء هذا الإذن.

المرحلة الثالثة: بلوغ سن الرشد (٢١):

١٧٩- تكتمل أهلية الشخص ببلوغه سن الواحد والعشرين، فقد افترض المشرع اكتمال الادراك والتمييز لديه عند بلوغه هذه السن. وينبنى على ذلك صلاحية الشخص لاتيان كافة التصرفات القانونية أيا كانت خطورتها. وتنتهى ببلوغ سن الرشد الولاية أو الوصاية على مال الشخص. ولكن الأهلية لا تكتمل إلا إذا بلغ الصغير سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجز عليه «م٤٤ مدنى». فقد يعترى الشخص عارض يفقده الادراك والتمييز، أو ينتقص منه فيفقده بالتالى أهليته أو ينتقص من اكتمالها. كما قد يقوم بالشخص مانع يحول بينه وبين مباشرة التصرف القانونى رغم اكتمال تمييزه وسلامة إرادته. وسنعرض فيما يلى لعوارض الأهلية ثم لموانعها.

(ب) عوارض الأهلية:

١٨٠- قد يصاب الشخص بعارض يؤثر على تمييزه فيعدمه أو ينتقص منه بحيث يصبح غير قادر على تقدير الأمور تقديراً سليماً. وقد رتب القانون على العارض - وفقا لخطورته - انعدام الأهلية أو الانتقاص منها. وقد حصرت المادة ١٢ مدنى ما تعتبره من عوارض الأهلية فذكرت أن «المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون». فعوارض الأهلية هى إذن الجنون والعته، والغفلة والسفه.

١- الجنون والعته:

وهى آفات تصيب العقل فتسلب من الفرد ادراكه وتمييزه بصفة كلية أو جزئية. ويختلف الجنون عن العته من حيث درجة خطورة كل منهما على التمييز، ولكنهما يتفقان من حيث ما يرتبه عليهما القانون من آثار.

فالجنون: مرض يصيب العقل ويؤدى إلى اختلال توازنه وعدم انتظام قواه. لذلك أخضع القانون المجنون لذات الأحكام التى يخضع لها الصبى غير المميز، وأجرى على تصرفاته ذات الأحكام القانونية.

أما العته: فهو اضطراب فى العقل يصبح معه المريض مشوش الفكر وغير قادر على تدبير أموره أو تقديرها التقدير السليم. فحالة المعتوه أقل خطورة من حالة المجنون، ومع ذلك فإن المواد١١٣، ١١٤ مدنى أخضعت المعتوه والمجنون لذات الأحكام، فاعتبرت تصرفاتهما باطلة بطلاناً مطلقاً، سواء كانت ضارة ضرراً بحتاً أو دائرة بين النفع والضرر أو نافعة نفعاً بحتاً.

ويقتضى ايضاح هذا الحكم ذكر تحديدين:

الأول: أن المشرع لم يأخذ فى الاعتبار الحالة الفعلية للمريض وقت التصرف فقد يمر المريض بفترات يكون فيها عاقلا فى ادراكه وتمييزه، ثم يبرم، وهو فى هذه الحالة، بعض التصرفات القانونية، ورغم ذلك وتفادياً لزعزعة المعاملات بين الأفراد لم يفرق القانون، فى تصرفات المريض، على أساس حالته الفعلية وقت التصرف، واعتبر كل تصرفاته باطلة ابتداء من لحظة ثبوت مرضه.

الثانى: أن المشرع قد حدد نقطة للبدء بالنسبة لثبوت المرض رسمياً،

وبالتالى بالنسبة لبطلان التصرفات، بتسجيل قرار الحجر[1]. فكل ما يجريه المريض من تصرفات بعد تسجيل القرار المذكور يعتبر باطلا بطلانا مطلقا (م١١٤/١ مدنى)، أما تصرفاته قبل تسجيل القرار المذكور فإنها صحيحة ولا مطعن عليها إلا فى حالتين استثنائيتين (م ٢/١١٤ مدنى):

الأولى: حالة الجنون أو العته الشائع: فإذا كانت حالة المريض معلومة لكل الناس بطل التصرف حتى ولو كان قد تم قبل تسجيل قرار الحجر، ولا عبرة بعدم علم الطرف الآخر بحالة المريض.

والثانية: إذا كان من تعامل مع المريض يعلم بحالته. ففى هذه الحالة يبطل التصرف حتى ولو لم يكن خبر المريض شائعاً.

٢- السفه والغفلة:

السفيه شخص مختل التدبير ينفق المال على غير ما يقتضيه العقل، فهو يتجاوز فى إسرافه الحدود المعقولة والعادية.

أما ذو **الغفلة** فيعرفه الفقه تارة بالشخص طيب القلب الساذج، وأحياناً بالشخص ضعيف الادراك، بحيث يقع فريسة للغبن غالباً فى معاملاته المالية. ونعتقدأن من الأوفق أن يضاف إلى تعريف ذى الغفلة ما يعكس ضعف قدراته العقلية بحيث يتميز تمييزا واضحا عن حالة السفه. فالسفه يعكس ضعفا فى الإرادة ولا يعكس ضعفاً فى القدرات العقلية، إذ المبذر شخص مكتمل التفكير

---

(١) قضت المادة ١٠٨٢ من قانون المرافعات بأن قرارات الحجر والمساعدة القضائية لا تعد حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل الحكم.

يدرك تماما العواقب السيئة لتصرفاته، ومع ذلك ينساق خلف ضعف إرادته. أما الغفلة فيجب أن تفهم على أنها نتيجة للضعف فى القدرات العقلية، ضعفاً يتعذر معه على الشخص أن يدرك المضمون العادل والمعقول للتوازن فى علاقاته المالية دون أن يصل أمره إلى حد الجنون أو العته.

ولم يفرق القانون بين تصرفات السفيه وتصرفات ذى الغفلة، حيث أخضعها جميعا لذات أحكام تصرف الصبى المميز «انظر ما سبق». وقد صيغت هذه القاعدة فى المادة ١١٥ مدنى (إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى علي تصرفات الصبى المميز من أحكام - أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للبطلان إدا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ).

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد جعل بطلان التصرف أو صحته منوطاً بوقت ابرامه، وهل كان ذلك قبل تسجيل قرار الحجر أم بعده، ويحتاج الأمر لشئ من التفصيل:

أولا - تصرفات السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر:

يقع التصرف فى هذه الحالة صحيحا منتجا لآثاره، ولكن المشرع خرج على هذه القاعدة إذا حدث تواطؤ أو استغلال. فإذا تواطأ السفيه أو ذو الغفلة مع شخص آخر بقصد تهريب أمواله قبل تسجيل قرار الحجر وقع التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا كان ضاراً ضرراً بحتاً، وقابلا للابطال إذا كان دائراً بين النفع والضرر. ويسرى ذات الحكم إذا كان من تعامل مع السفيه أو ذى الغفلة قد استغل فيه حالته. . وفى غير هاتين الحالتين يقع التصرف صحيحاً حتى ولو كانت حالة السفه أو الغفلة شائعة بين الناس.

ثانيا - تصرفات السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر:

يأخذ التصرف فى هذه الحالة حكم تصرف الصبي المميز. أى أنه صحيح إن كان نافعا محضا، وباطلا إن كان ضارا محضا، وقابلا للابطال إن كان دائراً بين النفع والضرر.

وقد أورد القانون على نقص الأهلية فى هذه المرحلة الاستثناءين الآتيين، وقد سبق تقريرهما بالنسبة للصبى المميز:

١- يجوز للسفيه وذى الغفلة أن يتسلم أمواله لإدارتها كلها أو بعضها وتسرى على الإدارة ذات الأحكام الخاصة بالصبى المميز والسالف بيانها (م ١١٦ مدنى و٦٧ من قانون الولاية على المال).

٢- يصح الوقف أو الوصية الصادرة عن السفيه أو ذى الغفلة، على أن يكون ذلك منوطا بإذن المحكمة.

(جـ) موانع الأهلية:

١٨١- قد يكتمل لدى الشخص البالغ الرشيد الادراك والتمييز اللازمين للتمتع بأهلية مباشرة التصرفات القانونية، ومع ذلك يقوم به مانع يحول دون امكانية الممارسة الحقيقية لهذه الأهلية أو يجعل من الملائم - حماية لمصالحه - أن يعاونه غيره فى ابرام التصرفات القانونية.

وقد يرجع المانع إلى سبب مادى أو قانونى أو صحى:

١- المانع المادى - الغيبة:

قد يتغيب الشخص عن موطنه ويترتب على غيبته تعطيل مصالحه فيلزم تعيين شخص يتولى إدارة أمواله.. فإن كان الغائب قد عين له وكيلا قبل غيبته

حكمت المحكمة بتثبيت الوكيل، إذا توافرت فيه شروط الوصى. أما إذا لم يكن الغائب قد عين وكيلا عنه تولت المحكمة من جانبها مهمة الاختيار.

وقد يكون الغائب مفقودا لا تعرف حياته من مماته، وقد تكون حياته مؤكدة ولكن ظروف وجوده فى الخارج تحول دون مباشرته أموره بنفسه، وفى جميع الأحوال تقوم المحكمة بتعيين وكيل أو تثبت الوكيل القائم بعد مضى سنة على الغيبة (م ٧٤، ٧٥ من قانون الولاية على المال).

٢- المانع القانونى - الحكم بعقوبة الجناية:

نصت المادة ٢٥ من قانون العقوبات على أن من يصدر عليه الحكم بعقوبة الجناية (الأشغال الشاقة المؤبدة، السجن، الاعدام) يكون محجورا عليه طوال مدة تنفيذ العقوبة ويتعين عليه أن يختار قيّماً، لإدارة أمواله، توافق عليه المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها محل اقامته. فإذا لم يختر لنفسه تولت المحكمة هذه المهمة.. ولا يجوز للمحكوم عليه أن يباشر أى عمل من أعمال التصرف بنفسه إلا بعد الحصول على إذن المحكمة، فإذا تصرف المحكوم عليه بغير إذن كان تصرفه باطلاً بطلاناً مطلقاً[1].

ويعتبر منع المحكوم عليه من إدارة أمواله، وتقييد حريته فى التصرف، من قبيل العقوبة التكميلية للعقوبة الأصلية.

(١) وتبدأ هذه الحالة مع بدء تنفيذ العقوبة وتنتهى بانتهاء هذا التنفيذ. ومن ناحية أخرى فلا مجال للتشكيك فى طبيعة البطلان المترتب على مخالفة أحكام هذه العقوبة التبعية، فهو بطلان مطلق يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، وبالتالى يجوز للمحكوم عليه نفسه أن يتمسك بالبطلان، حماية له من ناحية، وردعاً للغير من التعامل مع المحكوم عليه بالمخالفة للقانون.

٣- المانع الصحى - العاهة المزدوجة والعجز الجسمانى الشديد:

تتفق هذه الموانع مع سابقيها فى أن الشخص لا تنقصه الإرادة ولا يعوزه التمييز، ولكن حالته الصحية (على الوجه الذى حدده القانون) لا تسمح بالاطمئنان على قدرته على الانفراد بالتصرف القانونى، إما لأن المرض أقعده عن الاحتكاك بالحياة والتمتع بالخبرة الكافية، وإما لخشية تعذر تعبيره عن إرادته بما يطابق حقيقة مقصده.. لذلك قدر المشرع ضرورة أن يعين لمثل هذا الشخص من يساعده على ابرام التصرفات القانونية.. فما المقصود بالعاهة المزدوجة والعجز الجسمانى الشديد؟

أ - العاهة المزدوجة:

نصت المادة ١١٧ من القانون المدنى على أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك. ويكون قابلا للابطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة فيها متى صدرت من الشخص الذى تقرر مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد أو إذا صدر التصرف بعل تسجيل قرار المساعدة.

ولبيان حكم هذا النص نعرض أولا لشروط تقرير المساعدة القضائية لذى العاهتين، ثم لبيان حدود المساعدة وأحكامها:

أولا - شروط تقرير المساعدة القضائية:

١- وجوب اجتماع عاهتين من العاهات الثلاث المذكورة فى النص وهى العمى، والصمم، والبكم.

٢- أن يتعذر على الشخص بسبب عاهته المزدوجة أن يعبر عن إرادته ويؤدى هذا الشرط إلى امتناع فرض المساعدة القضائية إذا تمكن الشخص رغم عاهته من التعبير عن إرادته بطريقة كافية، كما لو كان قد تلقى تعليماً خاصاً يمكنه من ذلك.

ثانيا - حدود المساعدة القضائية وأحكامها:

١- يستفاد من نص المادة ١١٧ مدنى أن المحكمة هى التى تحدد التصرفات التى تلزم فيها المساعدة القضائية، ولكن المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال لم تترك للقاضى الحرية فى هذا الشأن فقررت أن التصرفات التى تلزم فيها المساعدة القضائية هى التصرفات التى لا يجوز للوصى على القاصر أن يباشرها بغير إذن المحكمة (المنصوص عليها فى المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال).

٢- ان مهمة المساعد القضائى تنحصر فى مشاركة الشخص فى ابرام التصرف، وبالتالى فلا يجوز لأيهما أن ينفرد بالتصرف.

ويسرى هذا الحكم على كل تصرف يتم ابرامه بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية. فإذا انفرد المساعد بالتصرف كان تصرفه غير نافذ فى حق من تقررت له المساعدة، وإذا انفرد ذو العاهة المزدوجة بالتصرف كان تصرفه قابلا للابطال. ويجوز للمساعد أن يجيز التصرف لأنه لو كان قد اشترك فى ابرامه لأصبح صحيحاً نافذاً.

ويترتب على وجوب اشتراكهما معاً فى التصرف إمكان وقوع خلاف بينهما حول ابرام تصرف ما. وفى هذه الحالة يجب الالتجاء إلى المحكمة لتجيز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف أو لتعين للمريض مساعدا آخر يساعده فى ذلك.

ب - العجز الجسمانى الشديد:

استخدمت المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال العجز الجسمانى الشديد كمبرر لفرض نظام المساعدة القضائية إذا كان يخشى مع هذه الحالة انفراد الشخص بالتصرف فى ماله. وقد قصد المشرع إلى التوسع فى نظام المساعدة لتغطية حالات قد لا تصل إلى حد اجتماع عاهتين، كأن يصاب الشخص بشلل يعجزه عن النطق، أو عن الحركة، فيلزم مساعدته فى التصرف القانونى.

ويقدر القاضى فى كل حالة مدى العجز الجسمانى وهل وصل من الجسامة حدا يبرر تعيين مساعد قضائى أم لا. وتسرى على حدود المساعدة وأحكامها ذات القواعد التى سبق ذكرها بمناسبة العاهة المزدوجة.

ثانيا: أحكام الولاية على أموال عديمى الأهلية وناقصيها:

١٨٢- الولاية هى السلطة الشرعية[1] التى يتمتع بها شخص ما، وقد تتعلق هذه السلطة بذات الشخص، أى تثبت له على نفسه، فتكون ولاية قاصرة. وتعنى فى هذه الحالة أن له السلطة فى أن يتصرف بنفسه لنفسه، فيعتد القانون بتصرفاته، بما يعنى فى المصطلح القانونى أن له أهلية الأداء على النحو السابق ذكره. وقد تكون ولاية متعدية، أى تتعدى سلطة الشخص إلى أموال وشئون غيره بحكم القانون، سواء برضاء هذا الغير، أو

---

(١) يقال فى اللغة ولى الشئ وعلى الشئ، أى قام عليه، كما يقال أوليته الأمر ووليته عليه، أى ملكته إياه، ومن هنا جاء المعنى الشرعى الاصطلاحى لكلمة: ولاية، بمعنى أن يكون للشخص الذى يتولى عقدا من العقود سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ، أى تترتب آثاره الشرعية والقانونية، راجع: محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامى، ١٩٥٨، رقم ٥٣٥.

جبراً عنه، فيكون له أن يتصرف فى أموال هذا الغير بالبيع أو بالايجار أو الرهن أو غير ذلك من الأعمال القانونية، بحسب حدود تلك الولاية وضوابطها القانونية. ولا شك أن الولاية على أموال الغير تكون حين يكون هذا الأخير غير قادر على ممارسة التصرف بنفسه لنفسه لسبب فعلى اتخذه القانون مناطا للولاية (الجنون.. العجز الجسمانى الشديد..) أو لسبب قانونى بحت كفرض الحراسة على شخص بمقتضى حكم من محكمة (محكمة القيم مثلا)، أو الحكم بعقوبة الجناية.

ولاشك أن الولاية على مال الغير لا تسند إلا لشخص له الولاية على أمواله، فمن لا تثبت له الولاية القاصرة، لا تثبت له من باب أولى، الولاية المتعدية. وتطبيقا لذلك تنص المادة ٢ من قانون الولاية على المال على أنه: «لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو». وتنعقد الولاية المتعدية لشخص على مال غيره (فى مقام هذه الدراسة الخاصة بانعدام الأهلية أو نقصها) إما بحكم القانون، كالولى (الأب والجد الصحيح) حيث يتولى الولاية على مال الابن أو الحفيد، والوصى والقيم والمساعد القضائى والوكيل كل حسب ما تقرر له من ضوابط قانونية. وقد نصت المادة ٤٧ من القانون المدنى على أن «يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة فى القانون.

ونعرض فيما يلى لكل قطاع من القطاعات السالفة الذكر كل على حدة:

(أ) أحكام ولاية الأب أو الجد

١٨٣- الولاية بالمعنى الخاص، الذى نعرض له، هى السلطة التى تثبت للأب أو الجد الصحيح للاشراف على مال المشمول بها، والتصرف فيها وفقاً لضوابط القانون. وهى تثبت بحكم القانون للأب أو الجد، دون حاجة إلى تدخل من جانب القضاء فى التعيين أو التثبيت. وتختلف الولاية فى هذا الشأن عن الوصاية، فالوصي إما أن يكون وصياً مختاراً من الأب قبل وفاته، ويعرض أمره على المحكمة لتحكم بتثبيته، فإن لم يوجد وصى مختار تتولى المحكمة تعيين الوصى الذى تتوافر فيه الشروط القانونية اللازمة. ويلاحظ فى مقام المقارنة بين الولاية والوصاية، أن القانون قد فضل الوصى المختار على ولاية الجد، فالمادة الأولي من قانون الولاية على المال تنص على أن تكون الولاية على المال للأب.. ثم للجد الصحيح إن لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال ولده القاصر.

والولاية واجب قانونى، بمعنى أنها مفروضة على الولى، أباً كان أو جداً، إذ يتعين عليه القيام بأعبائها، بحكم مسئوليته القائمة على صلة الدم وواجب الشفقة والرعاية. ولا يجوز بالتالى أن يتخلى الولى عن ولايته إلا إذا تقدم بطلب للمحكمة وأذنت له بذلك (م ١ من القانون) ولا تأذن المحكمة بهذا التخلى إلا استناداً إلى أسباب تبرره تمثل عجز الولى عن الوفاء بمقتضيات الولاية، لعجز جسمانى، أو لمرض، أو كبر سن، أو عدم خبرة بشئون المال والإدارة... الخ. وتتولى المحكمة فحص الطلب لتقرر فيه ما تراه كفيلا بالحفاظ على مصالح المشمول بالولاية. وللولى إذا زالت الظروف التى دعته إلى

التنحى أن يطلب العودة من المحكمة. ويخضع الأمر لتقدير القاضى(١).

كما أن الولاية تقتضى الاتحاد مع المشمول بها فى الدين، أى يجب أن يكون الولى متحداً فى الدين مع المشمول بولايته، وقد نصت على هذا الحكم المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال فى شأن الوصى. وهو حكم واجب الاتباع فى الولى أيضاً.

وأخيراً يتسع نطاق الولاية على المال ليشمل كافة أموال المشمول بها، سواء كانت عقارية أو منقولة، أو أموالا سائلة. وهذا العموم فى شمول الولاية لجميع أموال القاصر هو الذى يتفق مع عدم قدرة هذا الأخير على اتيان التصرفات القانونية بأنواعها المختلفة واسنادها، وفق الضوابط القانونية، لمن يتولى اتيانها عنه. ومع ذلك فقد استثنى قانون الولاية على المال «الأموال التى تؤول إلى القاصر بطريق التبرع، إذا اشترط المتبرع ذلك، أى إذا اشترط الواهب عدم دخول المال المتبرع به فى نطاق سلطة الولى. وفى هذه الحالة تعين المحكمة وصياً خاصاً تكون مهمته إدارة هذا المال المتبرع به (م٣١/د من قانون الولاية على المال). ويترتب على هذا الحكم أن الولى إذا تصرف فى مال من الأموال المتبرع بها، والمقترنة بشرط خروجها من ولاية الولى، فإن تصرفه يقع باطلا لخروجه عن نطاق الأموال المشمولة بولايته. وإذا تمسك صاحب الشأن بهذا البطلان وجب على المحكمة أن تعرض لهذا الدفاع بالفحص والتمحيص باعتباره دفاعاً جوهرياً يتغير به وجه الرأى فى الدعوى(٢).

---

(١) راجع: نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٧٤ س ٤٠ ق أحوال شخصية، مجموعة الأحكام س ٢٥ ص٢٢٩.

(٢) نقض ٥ مارس ١٩٥٣، طعن رقم ٣٦٨، مجموعة القواعد القانونية، جـ ١، ص ٣١٦.

وسنعرض فيما يلى لحدود سلطات الولى، وحالات وقف الولاية والحد منها، وسلبها واستردادها، وأخيراً كيفية انقضاء الولاية:

أولا - حدود سلطات الولى:

١٨٤- تنص المادة الرابعة من قانون الولاية على المال على أن «يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون».

والنص جاء فى صيغة مطلقة: «رعاية الأموال والإدارة والتصرف»، وهو ما تختلف فيه، من حيث الحدود، سلطات الأب عن سلطات الجد لذلك يضيف النص مع مراعاة الأحكام المقررة فى القانون، وهى أحكام تفصيلية وضعت نطاقا مشتركا لا تفرقة فى شأنه بين الأب والجد، ثم حددت لكل منهما نطاقاً خاصاً بشروطه وضوابطه، ونعرض فيما يلى للأحكام المشتركة بين الأب والجد ثم نعرض لسلطات الأب وضوابطها ثم لسلطات الجد وضوابطها أيضاً:

الأحكام المشتركة للأب والجد[1]:

١٨٥- حظر المشرع على الولى أباً كان أو جداً أن يجرى بعض التصرفات إلا إذا حصل على إذن من المحكمة. وقد أوردت هذه التصرفات المواد من الخامسة وحتى الثانية عشرة من قانون الولاية على المال. فإذا لم يحصل الولى على هذا الأذن كان تصرفه غير نافذ فى حق القاصر لانتفاء الولاية القانونية للقائم بالتصرف.

---

(١) أجازت المادة ١٧ من قانون الولاية على المال للولى أباً كان أو جداً أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته وذلك من ريع أموال القاصر وفى حدود الضوابط القانونية للنفقة استحقاقاً وقدراً.

أعمال التصرف التى لا تجوز للولى إلا بإذن من المحكمة:

١- نصت المادة الخامسة من القانون على أنه لا يجوز للولى أن يتبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة. فالتبرع إذن محظور من حيث المبدأ، ويجوز استثناء بقيدين أحدهما شكلى، وهو الحصول على إذن المحكمة وثانيهما موضوعى هو أن يكون التبرع لأداء واجب إنسانى كالتبرع لمنكوبى الزلازل والسيول والمؤسسات الخيرية، أو عائلى كأداء واجب لقريب وما يلزم لمواساته فى حادث أو مساعدته فى مناسبة عائلية. ويلاحظ أن تساؤلا قد ثار حول ما إذا كان هذا المنع المشار إليه يسقط إذا كان مال القاصر قد آل إليه بطريق التبرع من الأب وذلك عملا بالمادة ١٣ من القانون التى تنص على ألا تسرى القيود المنصوص عليها فى القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من الأب صريحا كان هذا التبرع أو مستترا وأن الأب لا يلزم فى هذه الحالة بتقديم حساب.

ويذهب رأى إلى أن الأب يجوز له التبرع بغير إذن من مال القاصر الذى سبق أن تبرع به اليه. . غير أن رأياً آخر، نراه أكثر اتفاقاً مع المنطق القانونى، يذهب إلى أن المال الموهوب من الأب تنقل ملكيته إلى القاصر انتقالا منجزاً، وأن الأب يظل بالتالى نائباً عن القاصر بالنسبة لهذا المال، ولا يجوز له أن يتصرف فيه باعتباره أصيلا، وبالتالى فإن المادة ١٣ تعفى فقط من القيود الإجرائية المتعلقة باستئذان المحكمة وبتحرير قائمة بالحساب. أما الأحكام الموضوعية فتبقى قائمة ومن أهمها عدم جواز التبرع بمال القاصر إلا فى حدود الواجب الإنسانى أو العائلى[١].

---

(١) راجع: حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية ١٨ يناير ١٩٦٦ القضية رقم ٦ لسنة ١٩٦٦ كلى عابدين مشار إليه فى مجلد الأحوال الشخصية للأستاذ صلاح خاطر، نادى القضاة، ١٩٨٠، ص ١٣٨، ١٣٩ فى الهامش.

٢- التصرف في الأموال:

(أ) نصت المادة السادسة من القانون على أنه «لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة. ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه».

ويتعلق **الشق الأول** بحظر تعاقد الولى مع نفسه أو مع زوجته أو أقاربه أو أقاربها حتى الدرجة الرابعة فى عقار مملوك للقاصر المشمول بولايته. والحظر كما هو واضح يستهدف دفع شبهة الاضرار بعقار القاصر، والاضرار بالتالى بمصالحه المادية، عن طريق محاباة الولى لنفسه أو لأقاربه. كما ينأى بالولى عن مواضع الشبهات بصفة عامة. فالتصرف يمكن أن يتم ولكن تحت رقابة المحكمة، أى بعد الحصول على إذنها. والمحكمة هى التى تتخذ من الإجراءات ما يحول دون وجود أى ظلم أو شبهة، وهو ما يتحقق عن طريق ندب خبير لتقدير القيمة العادلة والفعلية للعقار، ومدى توافر المصلحة الجادة في التصرف فيه.

أما **الشق الثانى** فهو حظر أن يرهن الولى عقار القاصر لدين على نفسه. وهذا المعنى يضفى حماية هامة على عقار القاصر، وينأى به على أن يكون سبيلا للولى لتسوية مشاكله المالية الشخصية على حساب المشمول بالولاية.

٣- المال الموصى به مقرونا بحظر التصرف إلا بإذن المحكمة:

قد يكون للقاصر مال، أياً كان نوعه، آل إليه بموجب وصية مشروطة بعدم جواز التصرف إلا بإذن المحكمة. وفى هذه الحالة يتعين احترام هذا القيد، إذ أن

الموصى عادة ما يقدر من ورائه مراعاة مصلحة الصغير وجعل المحكمة هى الرقيب النهائى على أى تطرف يجرى على هذه الأموال الموصى بها. والمحكمة هى التى تقيم التوازن العملى والعادل بين حاجة القاصر إلى التصرف من خلال وليه، وبين شرط الموصى بضرورة الحصول على إذن المحكمة.

٤- **قبول الهبات المقترنة بالتزامات:** نصت المادة ١٢ من قانون الولاية على المال على أنه لا يجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة». وقد استهدف المشرع أن يكون للمحكمة القول الفصل فى قبول الهبة والوصية إذا اقترنت بأعباء أو التزامات حمّلَهَا الموصى أو الواهب للقاصر. فقد تكون هذه الأعباء أو الالتزامات أكثر ضرراً من فائدة المال الذى يعود على القاصر. ويطبق هذا الحكم حتى ولو كان الواهب هو الولى ذاته. أما إذا كانت الهبة أو الوصية غير محملة بأى أعباء فإن للولى قبولها دون إذن، لأن قبوله فى هذه الحالة هو عمل نافع نفعاً محضاً.

أعمال الإدارة المقيدة بإذن المحكمة:

يجوز للولى عموماً أن يأتى أعمال الإدارة الخاصة بأموال القاصر. وأعمال الإدارة هى تلك التصرفات القانونية التى لا تخرج المال من ذمة صاحبها بصفة نهائية كالتأجير والاقراض أو إدارة المنشأة التجارية.

غير أن المشرع لاحظ أن بعض هذه الأعمال يمثل قدراً من الخطورة على مال القاصر، رغم أنها إدارة وليست تصرفا بالمعنى الفنى، فأخضعها لضوابط مانعة من حيث الأصل، ولا تخرج من أصل المنع إلى الاجازة إلا بإذن من المحكمة. وهذه الأعمال هى:

أ - اقراض مال القاصر: نصت المادة التاسعة من قانون الولاية على المال على أنه: «لا يجوز للولى اقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن من المحكمة».

ويحظر هذا النص أن يقوم الولي باقراض مال القاصر إلى الغير، كما يحظر على الولى اقتراض هذا المال لمصلحة نفسه. ويرتفع هذا الحظر إذا أذنت المحكمة. والمحكمة قد تأذن إذا كان الاقراض بفائدة ورأت للقاصر مصلحة فى ذلك. كما يجوز الإذن ولو بغير فائدة إذا كان الاقراض لأداء واجب إنسانى أو عائلى، وفى حدود هذا الواجب، اتساقاً مع حكم المادة الخامسة من القانون التى تجيز التبرع لأداء الواجب المشار إليه.

ب - تأجير عقار القاصر: تنص المادة العاشرة من قانون الولاية على المال على أنه: «لايجوز بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ سن الرشد بسنة».

والمستفاد من هذا النص أن سلطة الولي فى تأجير عقار القاصر بغير إذن المحكمة مقيدة بألا تمتد مدة العقد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد بسنة. فإذا خالف الولى هذا الحظر فإن مدة العقد تنتهى بمضي سنة بعد انتهاء الولاية على المال. ويرتفع هذا الحظر إذا أذنت المحكمة للولى التأجير لمدة تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد.

غير أن كل ذلك مشروط بأن يكون الأمر فى ظل القانون المدنى، فإذا انتقلنا إلى نطاق قانون ايجار الأماكن الحالية أو ايجار الأرض الزراعية (قبل الغاء قوانين الاصلاح الزراعى فى شأن الايجار) وفى ظل قواعد الامتداد

القانونى (العقود المبرمة قبل صدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦)، فقد كنا نعتقد أن التأجير لم يكن عملا من أعمال الإدارة العادية. وبالتالى لم يكن يملكه من يملك الإدارة العادية. ويترتب على ذلك أنه فى ظل هذه القوانين الخاصة كنا نرى أن الجد لا يملك أن يؤجر عقارا مملوكا للقاصر إذا كان العقار خاضعا لهذه القوانين لأنه يملك سلطة الإدارة العادية فحسب. أما الأب فإنه كان يملك ذلك لأنه - على ما سنرى - يتمتع بسلطة التصرف من حيث الأصل فضلا عن سلطة الإدارة.

جـ - الاستمرار فى تجارة القاصر: نصت المادة ١١ من قانون الولاية على المال على أنه: «لا يجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الإذن». ذلك أن الاستمرار فى التجارة قد تصاحبه مخاطر على قدر عظيم من الأهمية، مما قد يعرض أموال القاصر للخطر وبالتالى كان الاستمرار، من جانب الولى، فى تجارة آلت إلى القاصر منوطاً بإذن المحكمة التى تقدر الأمر وملابسات خطورته ومدى خبرة الولى والاطمئنان إليها. ويتعلق هذا الحكم بأموال القاصر ولحسابه فقد كان الرأى فى ظل قانون المجالس الحسبية، قبل الغائه، أنه لا يجوز للولى الاتجار بأموال القاصر، كما لا يجوز أن يؤذن له بذلك. أما فى ظل قانون الولاية على المال ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فلم يرد فيه ما يخول الولى هذه السلطة، كما لم يرد فيه ما يمنعها صراحة. وقد ذهب رأى إلى تجويز ذلك خاصة أن المادة ٥/٣٩ من القانون المشار إليه تجيز للوصى بإذن من المحكمة أن يستثمر أموال القاصر، بمعنى توظيفها بقصد الحصول على ربح، كشراء الأسهم والسندات. يضاف إلى ذلك أن فى رقابة المحكمة ما يكفل قياس المخاطر وتقدير مدى المسئولية الناتجة عن الاتجار،

فتعطى الإذن أو تحجبه[1]. فى حين يذهب رأى آخـر إلى أنه لا يجـوز الإذن بتجارة جديدة غير مؤكدة العواقب، فقد يوفق الولى فى شأنها، كما قد يبوء بالخسران فيعرض أموال القاصر للضياع، لذا فمن الخير تفادى هذا الاحتمال بناحيتيه النافعة والضارة على السواء، والاكتفاء باستثمار الأموال فى الشئون القليلة المخاطر كشراء العقارات واستغلالها مثلا[2]. ونعتقد أن الرأى الأول أولى بالاتباع إذ أن المشرع قد أسند للمحكمة سلطة رقابة الإذن بالنشاط أو منعه، كما أن لها سلطة رقابة مستمرة تتضمن سلطة الحد من ولاية الولى أو سلبها إذا اقتضت الأحوال ذلك عند درجة معينة من الخطورة (م ٢٠ من قانون الولاية على المال).

التزامات عامة على الولى أباً كان أو جداً:

يلتزم الولى بأمرين أحدهما عند بدء الولاية والثانى عند انتهائها:

١- يلتزم الولى وفقاً للمادة ١٦ من قانون الولاية على المال بأن «يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع فى دائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير، ويجوز للمحكمة أن تعتبر عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها تعريضا لمال القاصر للخطر».

٢- أما عند انتهاء الولاية فإن الولى ملزم (هو أو ورثته) برد أموال القاصر إليه عند بلوغه، ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف».

---

(١) محسن شفيق، القانون التجارى، ص ١٢٠.

(٢) صلاح خاطر: مجلد الأحوال الشخصية، السابق الإشارة إليه، ص ١٤٣.

سلطات الأب وقيودها:

١٨٦- قدر المشرع أن الأب هو أكثر الناس شفقة بابنه وأكثرهم حرصا على أمواله. ولذلك خصه بأحكام وسعت من سلطاته وخولت له قدرات على التصرف لا يملكها الجد إذا انعقدت له الولاية. وتتمثل هذه السلطات فيما يلى:

أ - تصرف الأب فيما تبرع به من أموال للقاصر:

نصت المادة ١٣ من قانون الولاية على المال على أنه «لا تسري القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان هذا التبرع أو مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال».

والفرض في هذه الحالة أن مالاً آل إلى القاصر بطريق التبرع من أبيه. ويستوى أن يكون التبرع صريحاً (هبة) أو مستترا (كأن يتخذ صورة البيع الذى ثبت أنه يستر هبة)[1]. ففى هذه الحالة يجوز للأب أن يتصرف فى هذا المال دون الحصول على إذن من المحكمة، فهو مصدر المال فليس من اللائق اخضاعه لرقابة المحكمة فى شأنه. والواضح أن الاعفاء من الإذن هو بطبيعة الحال في الحالات التى يتطلب فيها القانون هذا الإذن كما هو الحال فى التبرع بمال القاصر (م ٥) أو التصرف في عقار مملوك للقاصر أو رهنه (م ٦) أو التصرف فى عقار القاصر أو محله التجارى أو أوراقه المالية إذا زادت القيمة

---

(١) وفى هذه الحالة لابد أن يثبت أن البيع يستر هبة، مما يستدعى أن يلجأ الأب - قبل إجراء التصرف فى المال - إلى المحكمة المختصة ليحسم هذا الأمر باستصدار قرار بحقيقة الهبة وأنها من مال الأب. فإذا حصل على هذا القرار أمكنه أن يتصرف فى المال دون اتباع القيود القانونية.

على ٣٠٠ جنيه.. الخ. وكذلك يعفى الأب من القيود الشكلية الأخرى كالالتزام بالجرد أو بتقديم حساب.

ويلاحظ أن هذا الاعفاء مناطه صفة الولاية واسنادها إلى الأب، فإذا تنحى عنها أو سلبت منه لسبب من الأسباب القانونية، فإنما يفقد هذا الوصف ولا يستفيد من الاعفاء الوارد فى المادة ١٣. وهو يفقده بطبيعة الحال ببلوغ القاصر سن الرشد وزوال الولاية بالتالى عنه.

ب - التصرف دون إذن المحكمة فى عقار القاصر أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا كانت القيمة لا تتجاوز ٣٠٠ جنيه (م٧):

فإذا لم تتجاوز القيمة هذا القدر كان للأب أن يجرى كافة التصرفات سواء البيع أو الرهن أو الصلح. كما ينصرف الحكم إلى أى مال آخر أياً كان نوعه كالمنقولات بأنواعها المختلفة.

جـ - تعاقد الأب مع نفسه:

تنص المادة ١٠٨ من القانون المدنى على أنه لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل.. كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة. وقد أعفت المادة ١٤ من قانون الولاية على المال الأب من هذا القيد «للأب أن يتعاقد مع نفسه سواء كان لحسابه هو أو لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك».

ووفقاً لهذا الاستثناء الخاص بالأب، يجوز له أن يجرى أى تصرف فى أموال القاصر متعاقداً مع نفسه بيعاً كان أو رهناً أو ايجاراً، دون حاجة إلى إذن

بالتصرف، إذا كانت القيمة أقل من ٣٠٠ جنيه، وبعد إذن المحكمة إذا جاوزت القيمة هذا القدر.

الرقابة على الأب فى حالات الإذن والتخفيف من مسئوليته:

راعى المشرع أن للأب وضعا خاصا بحكم مركزه بالنسبة للقاصر، والفرض فيه الرعاية والشفقة قبل القاصر، ومع ذلك فإن عين المحكمة لا تقصر عن رقابته حين يعرض عليها طلب الإذن بالتصرف فى حالاته القانونية. فالمحكمة ترفض الإذن إذا لابست طلب الإذن ظروف تبرر سلب الولاية، فرفض الإذن هنا يتحقق من باب أولي. كما إذا كانت أموال القاصر تتعرض لخطر نتيجة للتصرف المطلوب الإذن به. كذلك الحال إذا قدر الخبير، الذى تنتدبه المحكمة عادة لتقدير قيمة المال محل طلب الإذن بالتصرف، أن فى الثمن غبنا يزيد عن خمس قيمة العقار.

غير أن المشرع، ومن ناحية أخرى، نص في المادتين ٢٤ و٢٥ من قانون الولاية على المال على أحكام تخفف من مسئولية الأب وتميزه عن الجد.

فمن حيث **التخفيف** نصت المادة ٢٣ على أن «لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم، أما الجد فيسأل مسئولية الوصى».

ومفاد ذلك أن الأب لا يسأل عن الأخطاء العادية التى لا ترقى إلى درجة الجسامة. وقد راعى المشرع فى هذا التخفيف أن مال القاصر عادة هو من مال أبيه، فضلا عن أن الأب يفترض فيه الحرص على مال ابنه ورعايته ويغتفر له بالتالى الخطأ العادى أو اليسير.

وأخيراً نصت المادة ٢/٢٥ من قانون الولاية على المال على أن «لا يسأل الأب عن ما تصرف فيه من ريع مال القاصر.. ومع ذلك يحاسب عن ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة».

والشق الأول من الفقرة السابقة يعفى الأب من التصرف فى الريع (دون رأس المال) والشق الثانى يحظر عليه مخالفة الغرض من هبة خصصت لهدف معين، فيحظر عليه التصرف فى ريعها لغير هذا الغرض. وتبقى بالتالى مسئوليته قائمة فى هذا الخصوص.

سلطات الجد وقيودها:

١٨٧- تقتصر سلطة الجد على سلطة الإدارة، وبالتالى فلا يجوز له التصرف فى أموال القاصر. وبالتالى فلا يجوز له البيع أو الشراء أو الأخذ بالشفعة أو الرهن أو الصلح أو القسمة، والتنازل عن التأمينات أو اضعافها، بغير إذن المحكمة (م ١٥). ومن أمثلة أعمال الإدارة التى تجوز للجد: ايجار المنقول، أو ايجار العقار وكذلك الاستئجار إذا كان بالتبعية لأعمال الإدارة العادية.

وفيما يتعلق بالضوابط الإجرائية نصت المادة ٢٦ من قانون الولاية على المال أن تسرى على الجد الأحكام المقررة فى هذا القانون فى شأن الحساب».

وقد جاء هذا النص مطلقا فيما يتعلق بالأموال الخاضعة لولاية الجد سواء تعلق الأمر برأس المال أو تعلق بالريع. وقد حددت المادة ٤٥ من القانون أن تقديم الحساب، يكون مؤيداً بالمستندات، عن الإدارة قبل أول يناير من كل عام. ويعفى الجد - شأنه شأن الوصى - من تقديم الحساب إذا كانت أموال القاصر لا تزيد عن خمسمائة جنيه، ما لم تر المحكمة غير ذلك». وفى جميع الأحوال يجب

على الجد أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء ولايته إذا استبدل به غيره (م ٤٥ من القانون) وهذا الحكم الأخير يطبق أياً كانت قيمة الأموال المملوكة للقاصر.

ثانيا - وقف الولاية والحد منها وسلبها واستردادها:

١- وقف الولاية:

١٨٨- نظم المشرع حالات وقف الولاية فى صورتين، فى إحداهما يتحقق الوقف بقوة القانون. وفى الثانية يكون الوقف بحكم من المحكمة:

أما فى حالة **الوقف بقوة القانون**، فقد نظمتها المادة ٢٢ من قانون الولاية على المال حيث نصت على أن يترتب على الحكم بسلب الولاية، على نفس الصغير أو وقفها، سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال.

وقد حددت المادة ٢ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢[١] الحالات التى يجب أن تسلب فيها الولاية على النفس ويسقط كل ما يترتب عليها من حقوق. كما حددت المادة الثالثة من ذات القانون الحالات التى يجوز أن تسلب أو توقف فيها كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة لكل أو بعض من تشملهم

---

(١) ١- كل من حكم عليه فى جريمة الاغتصاب أو هتك العرض مما نص عليه القانون ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة إذا وقعت الجريمة علي أحد ممن تشملهم الولاية -٢- من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد ممن تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من أحد هؤلاء -٣- من حكم عليه أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه القانون رقم ١٩٥١/٦٨ بشأن مكافحة الدعارة. ويترتب على سلب الولاية على النفس بالنسبة للغير سلبها بالنسبة إلى كل من تشملهم ولاية الولى من الصغار الآخرين فيما عدا الحالتين المشار إليهما فى البند ٢ إذا كان هؤلاء الصغار من فروع المحكوم بسلب ولايته وذلك ما لم تأمر المحكمة بسلبها بالنسبة إليهم أيضا.

الولاية[1]. فإذا أوقفت الولاية على النفس أوقفت الولاية على المال.

أما حالات وقف الولاية بحكم القضاء: فقد نصت عليها المادة ٢١ من قانون الولاية على المال «تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولى غائبا أو اعتقل تنفيذاً لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد على سنة». ويعكس هذا النص اعتبارا عمليا هاما، مؤداه أن الولى وهو من يتولى إدارة أموال القاصر والتصرف فى شئونه المالية لابد أن يكون موجوداً معلوم الموطن، حتى يحقق المهمة المسندة إليه على نحو جيد. فإذا انتفى هذا الحضور بالغياب أو بالسجن أو الحبس مدة تزيد على السنة قضت المحكمة بوقف الولاية.

والمقصود بالحالة الأولى: وهى حالة الغياب، ليس مجرد الغياب العارض، ولكن المقصود هو الغياب الذى لا يعرف معه للولى موطن، أو وسيلة للاتصال على نحو قد لا تعرف معه حياته من مماته. وقد تعرف حياته ولكن تحول ظروف قهرية، كحالة حرب طويلة دون السماح له بمباشرة مهامه.

أما الحالة الثانية، فهى حالة اعتقال الولى وتتضمن صورتين، صورة الحكم بعقوبة الجناية، وهى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو السجن.

---

(١) ١- إذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة. ٢- إذا حكم عليه بجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه قانون مكافحة الدعارة -٣- إذا حكم عليه أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية -٤- إذا حكم بإيداع المشمولين بالولاية داراً من دور الاصلاح وفقا للمادة ٦٧ من قانون العقوبات أو طبقاً لنصوص قانون الأحداث - إذا عرض الولى صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة وسوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الادمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ولا يشترط أن يصدر ضد الولى حكم بسبب هذه الأفعال.

والحد الأدنى لهذه العقوبات الجنائية هو ثلاث سنوات. والصورة الثانية هى الحكم عليه بعقوبة الحبس التى تزيد مدتها على السنة. وبهذا يكون المشرع قد اعتبر أن الحد الأقصى للتسامح فى غياب الولى بسبب العقوبة الجنائية هو مدة سنة، فإن زاد الأمر عن ذلك حكمت المحكمة بوقف الولاية.

ولا يترتب الأثر الموقف للولاية والسالف ذكره، إلا إذا كانت العقوبة واجبة التنفيذ، فإذا حكم بعقوبة مع وقف التنفيذ فلا أثر لهذا الحكم على استمرارية الولاية، إذ تنتفى الحكمة من إجراء الوقف.

أثر الحكم بوقف الولاية:

إذا قضت المحكمة بوقف الولاية على مال القاصر لتحقيق سبب من الأسباب السالف ذكرها «أقامت المحكمة وصياً مؤقتاً» إذا «لم يكن للقاصر ولى آخر». وبالتالى فإذا كانت الولاية الموقوفة هى ولاية الأب، وكان الجد موجوداً، آلت إليه الولاية طوال مدة الوقف. أما إذا لم يوجد ولى آخر فإن المحكمة تعين وصياً مؤقتاً.

٢- الحد من الولاية:

١٨٩- يمارس الولى سلطاته تحت رقابة المحكمة. وعليه «رعاية أموال القاصر وله إدارتها والتصرف فيها مع مراعاة أحكام القانون (م ٤ من قانون الولاية على المال). فإذا تبين للمحكمة أن الولى لا يمارس مهامه بما يحافظ على أموال القاصر ومصالحه، أو لا يمارسها بقدر كاف، جاز لها أن تأمر بالحد من ولايته، بمعنى تقييد نطاقها، بأن تحظر عليه القيام بأعمال معينة. والأمر تقديرى للمحكمة فى ضوء ما يعرض عليها من ظروف ومستندات. وإذا قدم

الطلب إلى المحكمة من صاحب شأن، فإن على المحكمة أن تستمر فى نظره ولو تنازل عنه مقدمه، مادام قد استند إلى أسباب جادة تتصل بحماية مصالح القاصر. وللنيابة العامة أن تتقدم بمثل هذا الطلب، كما أن لها أن تطلب من المحكمة بصفة عاجلة اتخاذ إجراء عاجل لحماية أموال القاصر إلى أن يبت فى الطلب خاصة إذا تعلق الطلب بسلب الولاية لا مجرد الحد منها.

وإذا استجابت المحكمة لطلب الحد من الولاية بالنسبة لبعض الأموال، أو بالنسبة لبعض التصرفات، فإنها تقيم **«وصياً خاصاً»** لمباشرة ما حظر على الولى مباشرته (م ٣١ من القانون). **وتقتصر مهمة الوصى الخاص على حدود ما أسند إليه دون تجاوز بالتدخل فى الشئون الأخرى للقاصر.**

والحد من الولاية يفترض بداهة أن الولى قد بدأ فى ممارستها بتسلم أموال القاصر لإدارتها والاشراف عليها. وبالتالى لا وجه للتعرض لهذا الأمر (وكذلك بالنسبة لسلب الولاية) قبل بدء الولاية. وهو ما عنته المادة ٢٠ من قانون الولاية على المال «إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر جاز للمحكمة أن تسلب الولاية أو تحد منها».

٣- سلب الولاية:

١٩٠- يجوز سلب الولاية لذات أسباب الحد منها، وهى أن تصبح «أموال القاصر فى خطر» بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر «تقدره المحكمة على ما سبق ذكره فى الفقرة السابقة». ومن أمثلة الأسباب المشار إليها، الاهمال الجسيم فى الإدارة، عدم حماية الأموال من تعدى الغير، التصرف فى أموال القاصر بغبن أو سفه لا يستقيم مع المصلحة المعتبرة للقاصر... الخ.

ولا يشترط أن يرقى السبب إلى مرتبة الجريمة الجنائية، لأن أسباب سلب الولاية التقديرية خاضعة لتقدير المحكمة، فى ضوء ملابسات إدارة الولى وأعماله.. وهى بطبيعتها لا تقع تحت حصر محدد.

غير أن المشرع قد أورد أسباباً وجوبية لسلب الولاية: وهو ما أشارت إليه المادة ٢٢ من قانون الولاية على المال ،والسابق ذكرها، من أنه يترتب على سلب الولاية على النفس سقوطها بالنسبة للمال. وهذه الحالات ترتبط عادة بارتكاب جرائم جنائية، وقد أشرنا إلى ذلك عند التعرض لوقف الولاية. ومتى انحسرت الولاية عن صاحبها على هذا النحو فإنه لا يصلح أن يعين وصياً.

٤- استرداد الولاية:

١٩١- نصت المادة ٢٣ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها. ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض».

ومفاد ذلك أن الأمر منوط بقرار من المحكمة تقرر فيه رد الولاية إلى من سبق أن سلبت منه. ولابد فى جميع الحالات من صدور قرار من المحكمة المختصة، بمعنى أن مجرد زوال أسباب سلب الولاية لا يعنى بالضرورة عودتها إلى من سلبت منه. ونص المادة ٢٣ صريح فى عقد الأمر لقرار قضائى.

ثالثا- انقضاء الولاية:

١٩٢- تنقضى الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد (م ١٨)، وهى تنقضى

فى هذه الحالة حتى ولو أصاب الشخص عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو العته، إذ فى هذه الحالة يخضع الشخص لنظام آخر هو نظام القوامة على أمواله والتي قد يتولاها الأب أو الجد أو غيرهما بحسب الأحوال.

كما تنقضى الولاية بموت القاصر، إذ لم يعد لها محل، وقد تنقضى الولاية بالنسبة للولى ذاته وذلك بفقده الأهلية (م ٢ من القانون) أو بموته، مما قد ينقل معه القاصر، فى حالة عدم وجود الأب، إلى نظام الوصاية على المال.

(ب) أحكام الوصاية

تعريف الوصى:

١٩٣- الوصى هو من تثبت له سلطة النيابة عن القاصر في إدارة أمواله واستثمارها فيما يعود عليه بالمصلحة، وهو بداهة غير الأب والجد.

وتختلف الوصاية عن الولاية فى أن الولاية الزامية للأب أو الجد، أما الوصاية فهى اختيارية، بمعنى أنه لابد من قبول الشخص لهذه المهمة حتى يصدر قرار من المحكمة بتعيينه للقيام بمهامها[1].

أنواع الأوصياء:

١٩٤- والأوصياء أنواع، فهناك الوصى المختار والوصى المعين، وهناك الوصى العام والوصى الخاص:

---

(١) الأصل أن يكون الوصى منفردا، ومع ذلك أجازت المادة ٣٠ تعيين أكثر من وصى على القاصر إذا تعددت مصالحه وتشعبت. وفى هذه الحالة تحدد المحكمة اختصاص كل منهم وإذا اختلفوا فى أمر عاجل عرضوا الأمر على المحكمة لتأمر بما يتبع.

١- الوصى المختار والوصى المعين:

الوصى المختار: هو الذى يختاره الأب قبل وفاته ليتولى إدارة أموال ابنه الحمل المستكن (بعد ولاته) أو ابنه القاصر. ويطلق هذا الوصف أيضا على الوصى الذى يختاره المتبرع ويشترطه ليشرف على المال المتبرع به. فكما أشرنا فى موضع سابق يجوز لمن وهب مالا للقاصر أن يشترط خروج هذا المال عن نطاق الولاية ويعين فى شأنه وصياً مختاراً.

وقد حدد القانون شكلاً معيناً لتعيين الوصى المختار، وهو أن يتم ذلك فى ورقة رسمية، أو فى ورقة عرفية مصدق فيها على توقيع الأب أو المتبرع، أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه. ويجوز لأى منهما أن يعدل عن اختياره فى أى وقت (م ٢٨ من قانون الولاية على المال).

ويجب أن يعرض أمر الوصى المختار على المحكمة لتتحقق من توافر الشروط القانونية فيه، فإن توافرت ثبتته، وإلا نظرت فى تعيين غيره.

أما الوصى المعين: فهو من تعينه المحكمة فى حالة عدم وجود ولى أو وصى مختار[1].

٢- الوصى العام والوصى الخاص:

الأصل أن يمارس الوصى نشاطه بصورة عامة على كل أموال القاصر، وأن تستمر مهمته على وجه الدوام إلى أن تنتهى نيابته، وهذا هو الوصى العام.

---

(١) يلاحظ أن الأصل أن يمارس الوصى عمله بغير أجر، ومع ذلك قد تقرر المحكمة له أجراً أو مكافأة عن عمل معين بناء على طلبه (م ٤٦ من قانون الولاية على المال).

غير أن **ظروفاً قد تطرأ وتقتضى تعيين وصى خاص يكلف بمهمة معينة تحددها المحكمة**. وقدأشارت إلى هذه الظروف المادة ٣٢ من القانون «إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر، وكذلك إذا أوقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لعمله».

ويقوم الوصى الخاص بعمله إلى أن ينتهى السبب الذى اقتضى تعيينه، أى بعودة الولى أو الوصى الدائم إلى ممارسة مهمته أو بزوال الظروف التى كانت تحول دون هذه الممارسة[1].

شروط الوصى:

١٩٥- حددت المادة ٢٧، من قانون الولاية على المال، الشروط الواجب

---

(١) نصت المادة ٣٣ من القانون على أنه «يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال». وهو ما يحدث عندما تكون هناك خصومة قضائية تتعارض فيها مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو الوصى. ويتولى وصى الخصومة ممارسة إجراءات التقاضى نيابة عن القاصر. وتنتهى مهمته بانتهاء الخصومة التى عين لمباشرة إجراءاتها. كما نصت المادة ٨٠ من القانون على جواز تعيين مشرف مع الوصى ولو كان مختاراً وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب. ونصت المادة ٨١ على أن المشرف يراقب النائب عن عديم الأهلية أو الوكيل عن الغائب فى إدارته وعليه ابلاغ المحكمة أو النيابة بكل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليها»، «وعلى النائب أو الوكيل اجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من ايضاح عن إدارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال»، ويجب على المشرف إذا خلا مكان النائب أو الوكيل أن يطلب إلى المحكمة اقامة نائب أو وكيل جديد وإلى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكن فى تأجيلها ضرر». ونصت المادة ٨٢ على أن «تسرى على المشرف فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره عن أعماله ومسئوليته عن تقصيره ما يسرى من أحكام على النائب أو الوكيل على حسب الأحوال».

توافرها فى الوصى[١] سواء كان مختاراً أو معيناً. ويستوى فى الوصاية الذكر والأنثى، فالمرأة يجوز أن تكون وصية شأنها شأن الرجل تماماً، بل انه فى مقام المفاضلة بين الأم وغيرها فإن الأم أصلح فى تولى الوصاية على أبنائها. وفيما خلا هذا التحديد يشترط فى الوصى أن يكون عدلا كفؤا ذا أهلية (م ٢٧ من قانون الولاية على المال)، ويقصد بالكفاءة أن يكون الوصى صالحاً للقيام بالأعباء التى تقتضيها شئون القاصر. أما الأهلية فهى تعبير عن شرط الصلاحية القانونية دون عارض من عوارض الأهلية. فكما سبق أن أشرنا لابد أن يكون للوصى ولاية قاصرة حتى تكون له ولاية متعدية. فلا يصلح وصيا من كان مجنونا أو معتوها أو ذا غفلة أو سفيها.

وقد اقتضى **شرط العدل والكفاءة** أن يحظر المشرع الوصاية على بعض الأشخاص «بوجه خاص»:

١- المحكوم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب والماسة بالشرف أو النزاهة، ومع ذلك يجوز عند الضرورة التجاوز عن ذلك إذا كانت قد انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات.

٢- من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته.

٣- من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش.

---

(١) يلاحظ ما سبق أن أشرنا إليه من أن الوصى يجب أن يكون من أهل طائفة القاصر أو مذهبه أو دينه على الأقل (م ٢٧).

٤- المحكوم بافلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره.

٥- من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر.

٦- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أساس قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك. ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على امضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه.

٧- من كان بينه هو، أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه، وبين القاصر نزاع قضائى أو من كان بينه وبين القاصر، أو عائلته، عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصالح القاصر.

ويجب على كل حال أن **يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه.**

سلطات الوصى:

١٩٦- حدد المشرع سلطات الوصى على نحو يحفظ به أموال القاصر وينأى بها عن مواطن الخطر والتبديد. وباستعراض النصوص القانونية نفرق بين حالات ثلاث: **أعمال التصرف - القسمة - أعمال الإدارة:**

١- أعمال التصرف:

يجوز للوصى أن يجرى من أعمال التصرف ما هو نافع نفعاً محضاً كأن يقبل هبة، بشرط ألا تقترن بشروط أو أعباء (وإلا وجب استئذان المحكمة) «م٩/٣٩ من القانون»، كما أن له أن يستعير لمصلحة القاصر، أو أن يرتهن ضمانا لحق سابق للقاصر قبل الغير، ما لم يكن الارتهان مقترنا باقراض

المال فلا يجوز بغير إذن، كما يجوز للوصى أن يعقد كفالة ضماناً لحق القاصر.

أما أعمال التصرف الضارة ضرراً محضاً فهى تمتنع على الوصى مطلقا، فيما عدا ما أجازته المادة ٣٨ من القانون من التبرع بإذن المحكمة لأداء واجب إنسانى أو عائلى. ويدخل فى هذه الفئة ابرام كفالة يكون الكفيل فيها القاصر، أو اقراض ماله بغير عوض.

أما **أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر**، فهى بدورها محظورة على الوصى بغير إذن (م ٣٩) وهى كل ما يؤدى إلى انشاء أو نقل أو تغيير أو زوال حق من الحقوق العينية أو العقارية الأصلية أو التبعية، وكذلك ما يقرر حقاً من الحقوق المذكورة كالقسمة أو الصلح[١]، التصرف فى المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية (فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة)، الصلح والتحكيم إلا فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة، وحوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة، استثمار الأموال وتصفيتها، اقراض المال واقتراضه، ايجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المباني، ايجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة، قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها، الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ، الوفاء الاختيارى بالتزامات تكون على التركة أو على القاصر، رفع

---

(١) يلاحظ أن منع الصلح يمنع الوصى أن يوجه لخصم القاصر اليمين الحاسمة، دون إذن المحكمة، كما يلاحظ من ناحية أخرى أن الصلح يجوز إذا تضمن تنازلا مطلقاً لمصلحة القاصر، ولا حاجة هنا لإذن المحكمة. راجع: نقض ١٩٤٥/٣/٢٩ مجموعة القواعد فى ٢٥ عاماً جـ ٢ ص ٧٥٢ بند ١٦.

الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له، التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام، التنازل عن التأمينات واضعافها، ايجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو أحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه، ما يصرف فى تزويج القاصر، تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والانفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة[١].

٢- قسمة أموال القاصر:

قد يكون القاصر مالكاً على الشيوع فى مجموع من الأموال العقارية أو المنقولة، أو الاثنين معا، وقد يطلب هو أو أحد شركائه انهاء حالة الشيوع بقسمة الأموال، لكي يثبت لكل شريك نصيبه مفرزا. وقد اعتبر المشرع أن القسمة على قدر من الخطورة لما قد يصاحبها من غبن يلحق بالقاصر فألحقها بأعمال التصرف، وحظر على الوصى أن يجريها إلا بإذن من المحكمة وتحت رقابتها[٢].

وقد تكون القسمة اتفاقية، وقد تكون قضائية:

وفى حالة القسمة الاتفاقية يجب على الوصى أن يستأذن المحكمة فى

---

(١) يلاحظ أنه يجب على المحكمة حين تعطى إذنا بتصرف معين يجريه الوصى أن تبين نوع التصرف وحدوده والإجراءات التى اتخذت لحماية مصلحة القاصر كالمعاينة أو تقرير الخبير ومبررات التصرف ومصلحة القاصر فيه. وعدالة الثمن ومثليته فى حالة البيع أو الشراء، وإجراء مزايدة إذا اقتضى الأمر أمام المحكمة.

(٢) يتفق فى ذلك الجد والقيم والوكيل عن الغائب.

إجرائها . وعلى المحكمة أن تتحقق من أن للقاصر مصلحة فى ذلك حتى تعطى الإذن اللازم وقد تجرى القسمة بغير إذن سابق ولكن المحكمة تصدق على القسمة بعد تمامها، وتصديق المحكمة على القسمة لازم أيضا فى حالة توافر الإذن السابق.

وعندما تعطى المحكمة إذنا بالقسمة الرضائية فإنها تضع الأسس والضوابط التى يتعين الالتزام بها حماية لمصلحة القاصر. وهى تتحقق من هذا الالتزام عندما تصدق على القسمة بعد تمامها للتثبت من عدالتها[1].

وإذا تمت القسمة بغير إذن وتصديق، كانت قابلة للبطلان لمصلحة القاصر الذى يجوز له وحده أن يتمسك به بعد بلوغ سن الرشد فإن شاء تمسك بالابطال وإن شاء أجاز القسمة[2]. كما يجوز للقاصر، شأنه شأن أى متقاسم، أن يطلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، وعلى أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة».

أما **القسمة القضائية** فتجرى ابتداء بدعوى ترفع بالقسمة أمام المحكمة الجزئية المختصة مكانياً بالدعوى[3] سواء من جانب الوصى أو من جانب أحد الشركاء.

كذلك تجرى القسمة القضائية إذا رفضت المحكمة الإذن للوصى بإجراء

---

(١) م ٤٠ من قانون الولاية على المال.

(٢) نقض ٦ نوفمبر ١٩٦٩ س ٣٥ ق مجموعة الأحكام س ٢٠ ص ١١٦٤.

(٣) المحكمة المختصة بقسمة العقارات هى المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها العقارات، أو أكثرها قيمة، وفى المنقول هى المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى عليهم. وينعقد الاختصاص دائما فى القسمة للمحكمة الجزئية أيا كانت قيمة الدعوى.

القسمة الاتفاقية، أو رفضت التصديق عليها، بعد الاتفاق عليها، إذ تقرر المحكمة فى هذه الحالة اتخاذ إجراءات القسمة القضائية (م ٤٠ من قانون الولاية على المال) . فإذا آل الأمر إلى المحكمة الجزئية لتجرى القسمة أمامها فإنها عادة «تنتدب خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته» (م ٢/٨٣٦ مدنى) . ويكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب، فإن تعذر ذلك جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته. وإن تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا عوض بمعدل نقدى عما نقص من نصيبه (م ٨٣٧ مدنى) . وتتولى المحكمة الجزئية الفصل فى المنازعات التى تتعلق بالحصص. وللمحكمة أن تدعو الخصوم عند الاقتضاء لسماع أقوالهم فى جلسة تحددها لذلك (م ٤٠ من قانون الولاية على المال) .

فإذا انتهت المحكمة الجزئية من إجراء القسمة عرضت القسمة على المحكمة الابتدائية التى تتبعها لكى تصدق على قسمة الأموال إلى حصص فإذا رفضت التصديق وجب عليها أن تقوم بتقسيم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم (م ٤٠ من قانون الولاية على المال) وإذا استؤنف حكم المحكمة الجزئية أمام المحكمة الابتدائية التابعة لها باعتبارها محكمة استئنافية، فإن هذه الأخيرة تفصل فى الاستئناف، ويعتبر حكمها فى هذا الاستئناف حكماً بالتصديق على القسمة فى ذات الوقت (م٤٠) . وتصديق المحكمة الاستئنافية هو تصديق على قسمة المال إلى حصص. فإن رأت عدم سلامتها أمرت بما تراه من أسس مختلفة لتكوين الحصص بما يحقق مصلحة المتقاسمين.

ويلاحظ أن نص المادة ٤٠ سالفة الذكر قد انصرف جميعه إلى القسمة حصصا. فإذا تعذرت هذه القسمة عدنا إلى القانون المدنى الذى يجيز القسمة بطريق التجنيب فإن تعذرت كانت القسمة بطريق التصفية (م ٨٢٧ ومابعدها مدنى).

والقسمة بطريق التجنيب هى قسمة عينية. «إذا تعذر على الخبير تكوين حصص على أساس أصغر نصيب، عين لكل شريك جزء مفرزاً من المال يعادل حصته، وإذا اقتضى الأمر حدد أيضا معدلا مالياً لتكملة نصيب بعض الشركاء». ويتعين أن تصدق المحكمة الابتدائية أيضا على هذه القسمة وفقا للمادة ٤٠ من قانون الولاية على المال.

أما القسمة بطريق التصفية، فمعناها أن تباع الأموال الشائعة بطريق المزاد وفقا لقواعد قانون المرافعات. ويتحتم هذا الأمر إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة، أو كان إجراء هذه القسمة يلحق نقصاً كبيراً فى قيمة الأموال. ويجوز قصر المزايدة على الشركاء إذا اتفقوا على ذلك بالاجماع (م٨٤١ مدنى). غير أن الوصى لا يستطيع أن يعطى موافقته على ذلك إلا بعد استئذان المحكمة.

وأخيراً يلاحظ ما نصت عليه المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال من أنه «إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيماً».

وواضح من هذا النص أن المشرع قد فرض بقاء الشيوع جبراً فى حالة الميراث ولمدة لا تتجاوز الخمس سنوات، إذا تبين للمحكمة أن التعجيل بالقسمة يمثل ضرراً جسيماً. كما لو كان طلب القسمة قد جاء فى وقت ركود اقتصادى انخفضت فيه الأسعار انخفاضاً كبيراً. وهذه الحالة هى تطبيق لصورة من صور الشيوع الاجبارى (المؤقت) التى أشارت إليها المادة ٨٣٢ من القانون المدنى والتى تعطى لكل شريك حق طلب القسمة «ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق».

ونعتقد أن هذا الاجبار يجوز ولو لم يكن الميراث هو سبب الشيوع، وذلك بطريق القياس، وتحقيقا لذات المصلحة التى لا يختلف مضمونها باختلاف سبب الشيوع.

٣- أعمال الإدارة:

الأصل أن يتولى الوصى أعمال الإدارة، وهى أعمال لاتخرج المال من ذمة صاحبه، وتلزم للمحافظة عليه واستثماره فى الأغراض التى خصص لها. ومن أهم أعمال الإدارة تأجير أموال القاصر. غير أن التأجير إذا زادت مدته عن قدر معين فإنه يثقل المال بعبء قد ينتقص من قيمته. لذلك وضع القانون المدنى قاعدة عامة هى أن من يملك الإدارة لا يملك التأجير لمدة تزيد عن الثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الايجار لمدة أطول من ذلك انقصت «المدة إلى ثلاث سنوات كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره».

أما بالنسبة لسلطة الوصى فى الإدارة، خاصة فى تأجير أموال القاصر، فقد وضع لها قانون الولاية على المال ضوابط أكثر تحديدا. فوفقا للمادة ٣٩ من هذا القانون والسالف ذكرها لا يجوز للوصى، بغير إذن من المحكمة، ايجار

عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى، وكذلك لا يجوز ايجار عقار القاصر فى جميع الأحوال لمدة تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد (م ٨/٧/٣٩).

- لا يجوز للوصى أن يؤجر سوى المنقولات والعقارات غير الخاضعة للقوانين الخاصة، فى حدود الضوابط الزمنية فى القانون والسالف ذكرها (م ٨/٧/٣٩ من قانون الولاية على المال) فإن زادت عن هذه المدد تعين استئذان المحكمة. كما لا يجوز له بالتالى أن يحدد الايجار بما يتجاوز المدد المذكورة.

- لا يجوز للقاصر إعمالا للمادة ٣٩ بند ١٥ من قانون الولاية على المال أن يؤجر أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة. أو لمن يكن الوصى نائبا عنه أيا كان المال المؤجر وأيا كانت المدة. وذلك ما لم تأذن المحكمة بعد التحقق من توافر المصلحة الواضحة للقاصر.

واجبات الوصى ومسئوليته:

١٩٧- يقوم الوصى بتسلم أموال القاصر لإدارتها ورعايتها وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقا لأحكام القانون المدنى (م ٣٦ من قانون الولاية على المال). وهذا المعيار فى تطلب العناية يطبق على الوصى سواء كان وصيا بأجر أو يقوم بعمله تبرعا. وقد وضعت المادة ٢/٧٠٤ مدنى معيار العناية الواجبة مقررة أنه «إذا كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد». والمقصود بذلك أن يبذل العناية التى يبذلها رب الأسرة الحريص على مصالحه مثل أواسط أمثاله من جمهور المتعاملين. ويلاحظ أن هذه العناية المطلوبة المعتادة مفروضة

على الوصى حتى ولو كان مهملا فى أموره الخاصة. فاهماله فى شئونه لا يعفيه من المسئولية، ولا يبرر له أن ينزل فى شئون القاصر عن عناية أواسط الناس، أو ما يسمى عناية الرجل العادى.

وهذا المعنى مستفاد من المقابلة بين الفقرة الأولى والفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى، فالأولى تعرضت للوكالة بغير أجر، واقتضت من الوكيل أن يبذل فى تنفيذها ما يبذله فى شئونه الخاصة (بمعنى حتى ولو كانت أقل من عناية الرجل العادى) فى حين أن الفقرة الثانية اقتضت من الوكيل بأجر بذل عناية الرجل العادى دائما بمعنى ألا ينزل عنها ولو كان مهملا فى شئونه الخاصة. فالمشرع كما سبق طلب من الوصى (ولو لم يكن مأجورا) ما لم يطلب من الوكيل المأجور. وقد رددت هذا الحكم المادة ٣٦ من قانون الولاية على المال(١).

ويترتب على ذلك أن يسأل الوصى عن كل خطأ أو اهمال فى إدارته لأموال القاصر ويسأل، ومن باب أولى، لو وصل الخطأ إلى درجة الغش كما لو تواطأ مع الغير اضرارا بالقاصر، أو الخطأ الجسيم كما لو تقاعس عن تحصيل حقوق القاصر حتى سقطت بالتقادم(٢). كما يجب عليه أن يلتزم حدود اختصاصاته القانونية دون تجاوز، وإلا لا ينفذ التصرف فى حق القاصر ويمكن مساءلته شخصيا عن تجاوزاته.

يضاف إلى ذلك أن على الوصى رعاية شئون القاصر بصفة عامة فى أمور

---

(١) راجع نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٦٧ س ٣٤ ق مجموعة الأحكام س ١٨ ص ١٠٥٤.

(٢) نقض ٣ نوفمبر ١٩٦٠، س ٢٥ ق مجموعة الأحكام، س ١١، ص ٥٤٤.

الإدارة بأن يتحقق من مستندات ملكيته، وأن يحافظ عليها، وأن يسارع إلى اتخاذ أى إجراءات إدارية أو تحفظية تكون لازمة للمحافظة على حقوق القاصر أو منع ضياعها.

وقد أوجب المشرع على الوصى عدة التزامات ضمانا لحسن أدائه لعمله وحماية لمصالح القاصر منها:

١- ما نصت عليه المادة ٣٧ من قانون الولاية على المال من أن للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها، وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر» وهو أمر تقديرى للمحكمة فى ضوء ظروف الطرفين المالية، خاصة إذا كان الوصى مأجوراً.

٢- ما قضت به المادة ٤٢ من قانون الولاية على المال من أنه «يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة». واستكمالا لهذا الوجه من أوجه الحماية قضت محكمة النقض بأنه يجب على كاتب المحكمة أن يخطر النيابة العامة بقيام الدعاوى الخاصة بالقصر[1] وإلا كان الحكم الصادر فى الدعوى باطلا بطلانا نسبيا يجوز للقاصر أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع (وليس أمام محكمة النقض)[2] ولا يغير من ذلك التدخل الاخيارى المقرر للنيابة العامة أمام المحاكم فى هذه المسائل[3].

---

(١) نقض ٤ فبراير ١٩٦٩ س ٣٥ ق مجموعة الأحكام، س ٢٠، ص ٣٤٢.

(٢) نقض ٢٥ مايو ١٩٦٧، س ٣٣ ق مجموعة الأحكام، س ١٨، ص ١١٠٢.

(٣) نقض ٤ فبراير ١٩٦٩ السالف ذكره.

ويلاحظ أن المحكمة حين يعرض عليها الوصى أمر الدعوى أو إجراءات التنفيذ فإنها تأمر بما تراه مناسباً لمصلحة القاصر، فقد تأمر بالصلح أو بالاقرار بالحق المدعى به، توفيراً للنفقات... الخ.

٣- ما نصت عليه المادة ٤٤ من قانون الولاية على المال من أن على الوصى أن يودع باسم القاصر فى المصرف الذي تحدده المحكمة ما ترى ايداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات[1] وغيرها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها. وليس له أن يسحب شيئا منها بغير إذن المحكمة وهو ما يجعل للمحكمة رقابة فعالة على أموال القاصر ايداعا وسحبا. ويطبق هذا الحكم على النقود مع تحديد بسيط مفاده أن للوصى أن يحتجز من النقود المبالغ المخصصة للنفقة المقررة والمبلغ الذى تقرره المحكمة اجماليا لحساب مصروفات الإدارة، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه (م ٤٣ من قانون الولاية على المال).

٤- ما أوجبته المادة ٤٥ من قانون الولاية على المال من التزام الوصى بتقديم حساب عن إدارته مؤيدا بالمستندات وذلك قبل أول يناير من كل سنة. ويعفى من ذلك إذا كانت قيمة الأموال لا تتجاوز خمسمائة جنيه (ما لم تر المحكمة غير ذلك). ويقدم هذا الحساب خلال ثلاثين يوما من انتهاء وصايته إذا استبدل به غيره. ولا اعفاء من تقديم هذا الحساب، أيا كانت ضآلة قيمة أموال القاصر. وينصرف هذا الحكم الأخير بما صاحبه من مُدة الثلاثين يوما إلى حالة انتهاء الوصاية ببلوغ سن الرشد أو وفاة القاصر. ويجب على الوصى أن يودع

---

(١) فيما عدا ما يقضى العرف والعادات باستخدامه من جانب القاصر.

قلم كتاب المحكمة فى الميعاد المشار إليه نسخة من الحساب ومحضر تسليم الأموال(١).

انتهاء الوصاية:

١٩٨- نقصد بحالات الانتهاء الأسباب التى تؤدى إلى زوال الوصاية بطريقة غير جزائية (م ٤٧ من قانون الولاية على المال)، أى لا تتضمن مساسا بمسلك الوصي أو أى مأخذ على حسن إدارته وهذه الأسباب هى:

١- بلوغ سن الرشد، إذ تنقضى الوصاية انقضاء طبيعياً، متى بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة. وللمحكمة أن تأمر باستمرارها قبل بلوغ هذه السن إذا لحق بالمشمول بها عارض من عوارض الأهلية قياساً على حكم الولى فى المادة ١٨ من قانون الولاية على المال(٢).

أما إذا انتهت الوصاية ولم تأمر المحكمة باستمرارها قبل البلوغ فإنها لا تعود حتى ولو قام بالشخص عارض من عوارض الأهلية، ويكون الحل فى هذه الحالة الأخيرة هو اتخاذ إجراءات الحجر على الشخص ابتداء وفقاً للقواعد القانونية فى هذا الشأن.

٢- عودة الولاية إلى الولى، وذلك إذا زالت الأسباب التى

---

(١) م ٥٠ من قانون الولاية على المال، يكون تسليم الأموال إلى القاصر أو إلي ورثته أو إلى الولى بحسب الأحوال. وإذا توفى الوصى أو حجر عليه التزم ورثته أو من ينوب عنه بتسليم الأموال وتقديم الحساب.

(٢) وينتج الاستمرار أثره من تاريخ صدور القرار ويكون حجة على الكافة من تاريخ تسجيله: نقض ١٧ أبريل ١٩٥٢، س ٢٠ ق مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة جزء أول ص٣٢١ - حسن كيرة، أصول القانون ١٩٥٩-١٩٦٠ رقم ٣٠٧.

استوجبت سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها. وتكون العودة بقرار من المحكمة، وتحت رقابتها.

٣- قبول استقالة الوصي: قد يتقدم الوصي باستقالته لأسباب تقبلها المحكمة فتنتهي بذلك مهمته.

٤- موت الوصي أو موت القاصر.

٥- ثبوت غيبة الوصي، إذ أنه مع ثبوت ذلك لا يكون الوصي قادرا على أداء مهمته فتنهي المحكمة وصايته، ويجوز انهاء وصايته ولو لم يكن قد مضى على غيابه سنة.

٦- فقد الوصي لأهليته: ويفرق في هذه الحالة بين حالة الجنون والعته، إذ يفقد الوصي وصايته منذ جنونه أو عتهه الفعلي، وتكون قراراته باطلة منذ هذا الوقت. وقرار المحكمة اللاحق باسقاط وصايته هو قرار كاشف وليس قراراً منشئاً. أما إذا كان عارض الأهلية غير ذلك فإن انهاء الوصاية لا يكون إلا من وقت صدور قرار المحكمة التي تتحقق من مدى أهلية الوصي للقيام بأعبائه.

وقف الوصاية وعزل الوصي:

١٩٩- قد يتحقق سبب من الأسباب الموجبة لوقف الوصاية كما قد يتحقق سبب من أسباب عزل الوصي:

- أما الوقف: فقد عرضت له المادة ٤٨ من قانون الولاية على المال حيث قررت أنه إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر في عزل الوصي أو في قيام عارض من العوارض التي تزيل أهليته أمرت المحكمة بوقفه».

ومفاد ذلك أن المحكمة هى التى تقدر السبب وجديته، فتتخذ إجراءات الوقف، باعتباره إجراء عاجلا ومؤقتاً فى ذات الوقت. وأسباب الوقف هى أسباب العزل (التى سيرد ذكرها) وكذلك ما قد يطرأ على الوصى من عوارض الأهلية كالجنون أو السفه أو الغفلة.

وإذا أمرت المحكمة بالوقف عينت وصيا مؤقتا لرعاية مصالح القاصر وإدارة أمواله، وللمحكمة – فى غير حالة عوارض الأهلية – أن تأمر الوصى الموقوف بمساعدة الوصى المؤقت.

– ثم تأتى بعد ذلك مرحلة عزل الوصى وقد أوردت أسباب العزل المادة ٤٧ من قانون الولاية على المال.

أسباب عزل الوصى:

نصت المادة ٤٩ من قانون الولاية على المال على أن يحكم بعزل الوصى فى الحالات الآتية:

١- إذا قام سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقا للمادة ٢٧ ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه. وقد سبق أن عرضنا لهذه الأسباب، ومنها الاشتهار بسوء السمعة، والحكم بافلاسه ، والحكم عليه في جريمة مخلة بالآداب أو ماسة بالشرف... الخ.

٢- إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح فيّ بقائه خطر على مصلحة القاصر. وهذا السبب يتسم بالعمومية والمرونة بما يسمح للمحكمة أن تقدر كل حالة بحسب ظروفها وملابساتها، وبعد تحقيق الموضوع لبيان وجه الحق فى شأنه.

ابطال المخالصات والتعهدات الصادرة لمصلحة الوصى:

نصت المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال على أن يكون قابلا للبطلان كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان فى وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه فى المادة ٤٥.

وقد سبق أن أشرنا إلى التزام الوصى بتقديم حساب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته، وقد اتخذ المشرع من انتهاء هذا التاريخ بداية لمدة السنة التى تبطل أية تعهدات أو مخالصات تكون قد صدرت خلالها من المشمول بالوصاية لمصلحة الوصى السابق. وقد استند المشرع فى وضع هذه الحماية، بعد انتهاء الوصاية، إلى اعتبار مفاده أن المشمول بالوصاية قد يظل أسير ضغط ولو أدبى من جانب الوصى السابق، فضلا عن أنه لا يكون قد اكتسب بعد خبرة ودراية كافيتين لتقدير الأمور.

ويلاحظ أن الوصى إذا تأخر عن تقديم الحساب خلال مدة الثلاثين يوما السابق ذكرها، **فإن مدة السنة التى تكون فيها المخالصات أو العهدات قابلة للبطلان، لا تبدأ إلا بعد تقديم الحساب فعلا.**

(جـ) احكام القوامة

٢٠٠- تثبت القوامة على المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة. وقد حددت هذه الحالات المادة ٦٥ من قانون الولاية على المال[1] «يحكم بالحجر على البالغ، للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة، ولا يرفع الحجر إلا بحكم

---

(١) راجع: حسن كيرة، السابق، رقم ٣٢٠.

وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون». وواضح من النص أنه حدد القوامة بالنسبة للشخص الذى ألم به عارض من عوارض الأهلية بعد بلوغه سن الرشد، أى من بلغ سن الرشد دون أن يحكم - قبل بلوغه - باستمرار الولاية أو الوصاية عليه (كما سبق أن أشرنا).

وتثبت القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة (م ٦٨ من قانون الولاية على المال). غير أن اختيار القيم لا يكون إلا بحكم المحكمة حتى ولو كان أباً أو جداً (وذلك على خلاف ولايتهما التى تثبت بقوة القانون). غير أن المحكمة تتقيد فى الاختيار بأن تبدأ بالابن فإن لم تتوافر فيه الشروط انتقل خيارها للأب ثم للجد، ثم لغيرهم ممن تستوفى فيه الشروط القانونية.

وقد نصت المادة ٧٨ من قانون الولاية على المال على أن «**يسرى على القوامة الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر**».

ومعنى ذلك أن يخضع القيم، وتخضع القوامة لأحكام الأوصياء والوصاية. وبالتالى يجب أن يكون القيم من حيث المبدأ عدلا كفؤاً ذا أهلية. وأن يخضع القيم لذات القواعد المتعلقة بسلطات الوصى وواجباته وحدودها، وكذلك قواعد العزل والوقف وانتهاء القوامة، والمحاسبة وتقادم الدعوى المتعلقة بها.

إلا أن وحدة الأحكام بين الوصاية والقوامة ليست كاملة. فقد خرج المشرع عن هذا المبدأ بالنسبة لبعض الأحكام التى اختص بها القوامة ومنها:

- أن الابن مقدم على الأب والجد فى شأن القوامة، والجد على الأب، ولا يسبقه من يختار الأب (بخلاف الوصى المختار).

- أن للمحكمة إن رأت مصلحة أن تعين الابن، أو الأب، أو الجد، قيما رغم ما يكون قد حكم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالشرف أو الآداب أو النزاهة (م ٦٨ و١/٢٧ و٤ من قانون الولاية على المال). رغم أن هذا السبب يحول دون تعيين الوصى، ويحول دون تعيين قيم تختاره المحكمة من غير هؤلاء الثلاثة السالف ذكرهم (م ١/٢٧و٤ وم ٧٨).

(د) المساعدة القضائية

٢٠١- أشرنا فيما سبق إلى أن المساعدة القضائية تتقرر لمن كان مصابا بعاهتين من ثلاث الصم والبكم والعمى، أو من كان مصابا بعجز جسمانى شديد على النحو الذى حدده القانون (م ٧٠ من قانون الولاية على المال)، وتعين المحكمة مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك «م١١٧». وقد حددت المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال التصرفات التى يعاون فى ابرامها المساعد القضائى بأنها تلك المنصوص عليها فى المادة ٣٩ من هذا القانون، وهى تلك التى لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن المحكمة. وقد سبق أن عرضنا لها. ويلاحظ أن هذه التصرفات إما دائرة بين النفع والضرر وإما من أعمال الإدارة. وبالتالى فإن الخاضع للمساعدة القضائية لا يجوز له - من باب أولى - أن ينفرد بعمل من أعمال التبرع. ويلاحظ أن مقتضى المساعدة القضائية أن المساعد القضائى هو مجرد معاون يشترك مع صاحب الشأن فى إجراء التصرفات القانونية، ولا يجوز بالتالى لأى منهما أن ينفرد بالتصرف، وبالتالى فالمساعد القضائى ليس نائبا عنه بالمعنى القانونى بل هو منضم إليه فى إجراء التصرف فحسب.

وأخيراً فإن المساعد القضائى قد يختلف فى الرأى مع من تقررت له المساعدة ويتخذ هذا الاختلاف إحدى صورتين:

- **الأولى:** أن يمتنع المساعد القضائى عن الاشتراك فى تصرف ما، وهنا يرفع الأمر إلى المحكمة لتقر أى منهما على وجهة نظره. فإذا أقرت وجهة نظر صاحب الشأن فإنها إما أن تأذن له بالانفراد بالتصرف، وإما أن تعين له شخصا آخر للمساعدة فى ابرام التصرف، وفقاً لما تضعه المحكمة فى قرارها من توجيهات (م ٧١).

- **الثانية:** أن يمتنع صاحب الشأن عن القيام بعمل معين، ويكون فى امتناعه خطر على مصالحه، وفى هذه الحالة يجوز للمساعد أن يرفع الأمر للمحكمة، ولها أن تأمر، بعد التحقيق، بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف أمامها أو فى أجل تعينه لذلك» (م ٧١). وفى هذه الحالة تكون للمساعد ولاية على مال صاحب الشأن ويتجاوز مركزه مجرد المعاونة.

ورغم أن المساعد القضائى ليس نائباً - كما سبقت الاشارة - إلا أن المشرع أنزله منزلة النائب فى حالات معينة. فقد نصت المادة ٧٣ من قانون الولاية على المال على أن «يعتبر المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق المواد ١٠٨ و٤٧٩ مدنى فى شأن منع تعاقد الشخص مع نفسه[1]، و٣٨٢ مدنى فى شأن عدم سريان التقادم بين الأصيل والنائب فيما يقوم بينهما من مديونية[2].

---

(١) سواء لحسابه نفسه أو لحساب شخص آخر دون ترخيص (م ١٠٨ مدنى). كما لا يجوز للنائب وفقا للمادة ٤٧٩ مدنى أن يشترى لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما يناط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن بإذن القضاء.

(٢) حيث تنص المادة ٣٨٢ مدنى على أن «لايسرى التقادم فيما بين النائب والأصيل».

- وأخيراً يسرى على المساعد القضائى ما يسرى على الوصى من حيث الحساب وتسليم الأموال، وتحرير محضر التسليم وايداع صورة من ذلك قلم كتاب المحكمة خلال ثلاثين يوما من انتهاء مدته وفقاً لما نصت عليه المادة ٥٠ من قانون الولاية على المال.

(هـ) الوكالة عن الغائبين

٢٠٢- تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب لكى يقوم على رعاية مصالح الغائب أثناء غيابه. والغائب هو من انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه، أو كان مفقودا لا تعرف حياته من مماته، إذ لم يكن له محل اقامة أو موطن معلوم خارج مصر، واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو يشرف على من ينيبه فى إدارتها «م ٧٤ من قانون الولاية على المال».

غير أن الغائب قد يترك وكيلا عاما عنه، وفى هذه الحالة تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره» (م ٧٥).

وتسرى على الوكالة عن الغائبين أحكام الوصاية على القصر، فيما عدا أن الوكيل يلتزمْ دائما بتقديم حساب أياً كان قدر أموال الغائب، أى حتى ولو لم تتجاوز خمسمائة جنيه.

(و) المشرف

٢٠٣- أجازت المادة ٨٠ من قانون الولاية على المال أن يعين مشرفا مع كل من الوصى والقيم والوكيل عن الغائب. والهدف من هذا التعيين أن يقوم

المشرف بالرقابة والتوجيه فقط دون أن تكون له مباشرة أية أعمال قانونية فى الشئون المالية للقاصر أو المحجور عليه أو الغائب. ومؤدى الاشراف أن يكون للمشرف الحق فى طلب ايضاحات عن إدارة الأموال، كما أن له أن يطلب فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الزموال. ومؤدى الرقابة أن عليه أن يبلغ المحكمة والنيابة بكل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليهما (م ٨١ فقرة ١و٢). ويجب على المشرف إذا خلا مكان النائب أو الوكيل أن يطلب إلى المحكمة اقامة نائب أو وكيل جديد، وإلى أن يباشر هذا الأخير عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر (م ٨١ فقرة ٣).

وتنتهى مهمة المشرف بانتهاء الوصاية أو القوامة أو الوكالة على الغائب، كما قد تنتهى قبل ذلك إذا قررت المحكمة أن دواعى الاشراف لم تعد قائمة (م ٨٣). كما ينتهى عمل المشرف بقبول استقالته من جانب المحكمة، وكذلك بعزله إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية الخاصة بالنائب أو الوكيل بحسب الأحوال (م ٨٢)[1]، أو إذا أصبح فى استمراره خطر على مصلحة المشمول بالوصاية أو القوامة أو الغائب.

ملحق - نقض مدنى ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٩٦٦ ص ٢٠٢٢:

أهلية. «عوارض الأهلية». بطلان. «البطلان فى التصرفات». «تصرف المعتوه».

---

(١) وكذلك الحال بالنسبة لمسئولية المشرف(م ٨٢).

تصرف المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر، لا تشترط فيه - كما هو الحال بالنسبة للسفيه وذى الغفلة - كون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ، اكتفاء المشرع باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم التصرف إليه بها. ثبوت أحد الأمرين يكفى لإبطال التصرف.

لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه في إبطال تصرف السفيه وذى الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ بل اكتفى باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها، فثبوت أحد هذين الأمرين يكفى لإبطال التصرف. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حالة عته المورث - المتصرف - كانت شائعة وقت تصرفه للطاعنة فقد كان هذا حسبه لإبطال هذا التصرف طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدنى ولإعمال آثار البطلان طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٣ من القانون المذكور ولم يكن على الحكم بعد ذلك أن يثبت علم الطاعنة بحالة العته أو استغلالها لها لأن ثبوت حالة شيوع العته يغنى عن اثبات علم المتصرف إليه بها كما أن الاستغلال غير لازم قانونا فى مقام ابطال تصرف المعتوه[1].

وحيث إن الطاعنة تعنى بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب وفى بيان ذلك تقول إنه وإن كان تقرير حالة العته لدى أحد المتعاقدين مما يتصل بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا أنه يجب أن تكون حالة العته ثابتة لا مطعن عليها وقت التعاقد بالذات فإذا لم توجَد فى شهادة شهود المطعون ضده القائلين بقيام حالة العته لدى البائع وأوردت الطاعنة ملخص شهادتهم ما يقطع بوجود هذه الحالة وقت التعاقد وكانت أقوال شهودها تنبئ أن والدها لم يظهر عليه أى علامة من علامات العته وقت التعاقد أو قبله أو بعده بل كان يقظا مدركا - وكان ما اعتمد عليه الحكم المطعون فيه من قرائن لا تدل على قيام هذه الحالة وقت التعاقد وإنما بعده بأمد بعيد وكان التقرير الطبى المقدم من الطاعنة والمحرر بمعرفة الدكتور الذى تولى علاج المرحوم أ.غ - البائع - من كسر عظام الفخذ فى المدة من ١٦ يونيو سنة ١٩٥٤ حتى آخر ديسمبر سنة ١٩٥٤ يقطع بأن حالة البائع المذكور النفسية والعقلية فى هذه المدة كانت جيدة وأن تصرفاته كانت عادية فإن الحكم المطعون إذ أقام قضائه على ثبوت قيام حالة العته بالبائع وقت تعاقده مع الطاعنة وأغفل الرد على تقرير الطبيب المذكور وعلى المخالصة المؤرخة ٤ يونيو سنة ١٩٥٤ الصادرة من المطعون ضده إلى والد الطرفين والتى قدمتها الطاعنة للتدليل على أن هذا الوالد كان متمتعاً بكامل ادراكه

---

(١) راجع نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٥ بمجموعة المكتب الفنى س ١٦ ص ١٠٣١ ونقض ٢١ ابريل سنة ١٩٦٦ س ١٧ ص ٨٩٩.

وقت تحرير هذه المخالصة. وإذ وصف ما أسنده إلى الوالد المتصرف من خلط فى التصرفات وتردد فيها بأنه عته مع أن هذين الأمرين لا تتوافر بهما حالة العته فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور.

وحيث إن هذا النعى مردود بأن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتأييد الحكم الابتدائى قد استند إلى الأسباب التى أوردها هذا الحكم والأسباب الأخرى التى أضافها هو إليه ولما كان الثابت من الحكم الابتدائى أنه يعتمد فى قضائه بعد أن أورد ملخص شهادة شهود الطرفين - على ما شهد به شهود المطعون ضده من أن أمارات العته ظهرت على المرحوم أ.غ - والد الطرفين - عقب وفاة زوجته فى يونيو أو يوليو سنة ١٩٥٣ أى قبل حصول التعاقد الذى تم فى أول أبريل سنة ١٩٥٤ بين الطاعنة ووالدها المذكور، وأن هذه الحالة أخذت في الازدياد مع مرور الزمن - كما اعتمد الحكم أيضا على القرائن العديدة التى ساقها لتأييد ما قرره شهود المطعون ضده فى خصوص ظهور حالة العته على والد الطاعنة فى الفترة السابقة على حصول التعاقد محل النزاع واستمرارها حتى توقيع الحجر عليه بسبب هذا العته - واستخلص الحكم من ذلك كله أن حالة العته التى قررها حكم الحجر فى ٢٠ من مارس سنة ١٩٥٥ كانت شائعة فى وقت التعاقد الحاصل فى أول ابريل سنة ١٩٥٤ ورتب على ذلك قضاءه ببطلان ذلك العقد وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدنى، ولما كان تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها مما يستقل به قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى تكوين عقيدته مما يدلى به شهود أحد الطرفين مادام لا يخرج فى ذلك عما تحتمله أقوالهم وكان ما استخلصه الحكم من أقوال شهود المطعون ضده هو مما تحتمله هذه الأقوال ومن شأنه أن يؤدى إلى ما انتهى إليه الحكم من قيام حالة العته بالمورث وشيوعها وقت تصرفه إلى الطاعنة وكان القرائن التى استند إليها الحكم المطعون فيه من شأنها أيضا أن ما رتبه الحكم عليها - وكان ما استند إليه من تردد المورث وتناقضه فى تصرفاته وتكرار نقضه ما يبرمه منها لم يكن سوى قرينة أضافها الحكم إلى شهادة الشهود التى أخذ بها وإلى القرائن الأخرى التى أوردها وإذ كانت هذه الأداة تؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم فإنه لا يجوز للطاعنة أن تناقش كل قرينة على حدة للتدليل على عدم كفايتها فى ذاتها، لما كان ذلك فإن ما تثيره الطاعنة فيما يختص بشهادة الشهود والقرائن التى أخذ بها الحكم المطعون فيه لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير المحكمة للأدلة وترجيح بينة على أخرى مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض. ومتى كان الحكم المطعون فيه قد أقيم على أسباب كافية لحمل قضائه وتسوغ النتيجة التى انتهى إليها فإنه لا يعيبه إغفاله الرد على تقرير الطبيب والمخالصة المقدمين من الطاعنة تأييدا لدفاعها الذى أطرحه الحكم - ذلك أن فى الحقيقة التى اقتنعت بها المحكمة وأوردت دليلها الضمنى المسقط لكل ما قدمه الخصوم من حجج مناقضة لهذه الحقيقة ومن ثم يكون النعى بهذا السبب على غير أساس.

وحيث إن الطاعنة تنعى بالسببين الثانى والثالث على الحكم المطعون فيه مخالفته للقانون

وخطأه فى تطبيقه والقصور فى التسبيب وفى بيان ذلك تقول أنه يشترط لإبطال التصرف الصادر من معتوه ثبوت علم المتصرف إليه بقيام حالة العته وقت التعاقد واستغلاله هذه الحالة وقد سلم الحكم المطعون فيه بضرورة توافر هذين الشرطين إلا أنه قضى برفض طلبات الطاعنة دون أن يستظهرهما من الأوراق ويدلل على توافرهما - كما أن شهادة شهود المطعون ضده التى اعتمد الحكم عليها لم تتعرض لهذين الشرطين وبذلك يكون الحكم المطعون فيه قد أنزل حكماً قانونياً غير ما وضع له ودون توافر الشروط اللازمة لانزاله مما يجعله مخطئا فى القانون ومشوبا بالقصور، كما أنه استند فى قضائه برفض طلب استرداد الثمن والتعويض الاتفاقى على نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٣ من القانون المدنى التى لا تلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد مع أنه يشترط لإعمال حكم هذه الفقرة توافر الشرطين السابقين وهما علم المتصرف إليه بقيام حالة العته لدى المتصرف وقت التعاقد واستغلاله لها وإذا كان هذان الشرطان غير متوافرين فى الدعوى فقد كان يتعين على الحكم المطعون فيه تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من القانون المدنى والقضاء تبعا لذلك برد الثمن والتعويض وإذ لم يفعل وطبق حكم الفقرة الثانية من تلك المادة فإنه يكون مخالفا للقانون.

وحيث إن هذا النعى مردود بأن الشرع لم يستلزم لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه فى ابطال تصرف السفيه وذى الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ بل اكتفى باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها فثبوت أحد هذين الأمرين يكفى لإبطال التصرف، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حالة عته المورث - المتصرف - كانت شائعة وقت تصرفه إلى الطاعنة، فقد كا هذا سببه لإبطال هذا التصرف طبقا للفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدنى ولإعمال آثار البطلان طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المذكور ولم يكن على الحكم بعد ذلك أن يثبت علم الطاعنة بحالة العته أو استغلالها لأن ثبوت شيوع حالة العته يغنى عن اثبات علم المتصرف إليها بها - كما أن الاستغلال غير لازم قانونا فى مقام ابطال تصرف المعتوه - لما كان ذلك فإن النعى بهذين السببين وقد قام جميعه على أساس أن القانون لا يكتفى بثبوت حالة العته بل يستلزم إلى جانب ثبوت علم الطاعنة المتصرف إليها بهذه الحالة واستغلالها لها فإن هذا النعى يكون على غير أساس.

وحيث إن ما أضافه الطاعن فى مذكرته من أسباب أخرى لم يرد ذكرها فى تقرير الطعن فإن هذه الأسباب غير مقبولة لعدم ورودها فى تقرير الطعن ولأنها لا تتعلق بالنظام العام.

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن.

ملحق: حكم محكمة النقض (الدائرة المدنية) فى ١٨ مايو ١٩٦٦ (مجموعة أحكام النقض المدنى ١٧-١٥٤-١١٣٩):

السفه - تعريفه

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل فى أنه بتاريخ ١٩٦٢/١١/١٥ تقدم الدكتور م٠٠ عن نفسه وبصفته وليا على ولديه٠٠٠ إلى نيابة الأزبكية للأحوال الشخصية يطلب توقيع الحجر على زوجته السيدة ن٠٠٠ وتضمن هذا الطلب أنه تزوجها رقيقة الحال فى سنة ١٩٤٧ وعهد إليها بالاشراف على أعماله ومنها إدارة صيدليتين إحداهما بالقناطر الخيرية والأخرى بالقاهرة ومعمل لإنتاج المواد الكيماوية بشارع٠٠٠٠ وأودع لحسابها مبالغ فى بنك مصر كما أنشأ لها داراً للتجميل وصالون حلاقة للسيدات٠٠٠ بلغت تكاليفها حوالى ثلاثة آلاف جنيه ولها فرع فى رأس البر واستأجر لحسابها شقة فى ذات العمارة بقصد استغلالها سياحياً بلغت تكاليفها ألف خمسمائة جنيه واشترى لها سيارة بمبلغ ألفى جنيه وحرر لصالحها بوليصتى تأمين إحداهما بمبلغ ١٠٠٠ جنيه والأخرى بمبلغ ٤٠٠٠ جنيه وأنها بعد ثرائها انحرفت وهجرت منزل الزوجية وأخذت فى تبديد أموالها، وحققت النيابة الطلب، وفى التحقيق أضاف الدكتور م٠٠٠ أنه أودع لحسابها فى بنك مصر حوالى خمسة عشر ألف جنيه وبفرع البنك بعمارة رمسيس حوالى خمسة آلاف جنيه ولها فى صندوق توفير البريد مبالغ أخرى، وأنها تملك دار للتجميل وصالون للحلاقة وأثاث الشقة المعدة للاستغلال السياحى ونصف أجزاخانة القاهرة والمعمل الكيماوى، وأنها جنحت إلى تبديد أموالها والعبث بها على وجه يؤكد أن ثمة عوامل خارجية سيطرت على حياتها وسلبت إرادتها إذ استولت على مبلغ ٤٢٠ جنيه من إيراد صيدلية القاهرة وزعمت أنه سرق وتبين من التحقيق أن السرقة لم تحدث وبددت مبلغ ٦٥ جنيه استولت عليه من هذا الإيراد ولم يكن يعرف سبب لهفتها على المال وانفاقه إلى أن علم أنها على صلة بآخر ضبطها فى منزله وطلب تعيين مدير مؤقت لإدارة أموالها، وقرر شقيقها الأستاذ٠٠٠ أنها قدمت على مشروعات تجارية أنفقت فى سبيلها مالا كثيرا وضيعت بعض أموالها ووافق على طلب الحجر وتعيين شقيقها الدكتور ف٠ قيما عليها نظرا لما بينها وبين زوجها من قضايا ومنازعات، كما قرر شقيقها الدكتور ف٠٠ أنها أنفقت مبالغ طائلة على دار التجميل والشقة التى استأجرتها ولا يعلم شيئا عن حالتها المالية ووافق على طلب الحجر واعترض على ترشيح الدكتور م٠٠٠ للقوامة٠ وردت السيدة ن٠٠٠ بأنها تملك نصف الصيدلية، ودار التجميل وأثاث الشقة بعمارة٠٠٠ وسيارة ومبلغ ثلاثة آلاف جنيه كان مودعاً بنك مصر وسحبته وكانت تعمل بالصيدلية بمرتب ٥٠ جنيه وتدر عليها ربحا شهريا ٥٠ جنيه بخلاف ٣٠ جنيه من الصالون وكانت تنفق على نفسها وعلى مشروعاتها وأن النزاع بينها وبين زوجها نشأ بسبب استيلائه على إيراد

الصيدلية وأشارت إلى وجود قضايا ومنازعات بينها وبين زوجها، وقيد هذا الطلب برقم ٣١ ب سنة ١٩٦٣ القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٤ أبريل ١٩٦٣ قررت المحكمة حضوريا رفض الطلب وألزمت الطالب المصاريف وعشرة جنيها مقابل أتعاب المحاماة.

واستأنف الدكتور م... لهذا القرار لدى محكمة استئناف القاهرة وطالبا الغائه والحكم بطلباته وقيد هذا الاستئناف برقم ٢٥ سنة ٨٠ قضائية وبتاريخ ٢٤يونية ١٩٦٤ حكمت المحكمة فى الموضو بإلغاء الحكم المستأنف وبتوقيع الحجر على السيدة ن... وتعيين الدكتور م... قيما عليها وإعادة الأوراق إلى محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية للسير فى الإجراءات وألزمت القيم من مال المحجور عليها بمصروفات الدرجتين.

وطعنت السيدة ن... فى هذا الحكم بطريق النقض للسببين الواردين فى التقرير.

وحيث أن حاصل السبب الأول أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بالحجر على أن الطاعنة تنفق المال على غير مقتضى العقل والشرع واستدل على ذلك بأدلة غير منتجة هى أنها (١) ادعت فى ١٩٦٢/٧/٥ سرقة مبلغ ٤٢٠ جنيها كان محفوظا فى دولاب فى حجرة المعمل. ولما أجرى التحقيق واتضح عدم اسناد التهمة لأحد عادت وفى ١٩٦٢/٧/٦ فقررت أنها عثرت عليه. (٢) استولت على مبلغ ٦٥ جنيها من ايراد الصيدلية دون أن تكون مأذونة فى ذلك واتهمها زوجها بتبديده فى التحقيقات رقم ٥٠٣٠ سنة ١٩٦٢ إدارى السيدة. (٣) تبين من كشف حساب بنك مصر أن رصيدها فى سنة ١٩٦٢ كان دائنا فى مبلغ ٦٠٧٨ ج و٣٦٩ م وانكمش إلى مبلغ ٤٩ ح و٧٢٨ م فى أكتوبر من نفس السنة وظل كذلك إلى منتصف سنة ١٩٦٣ ولما ناقشتها المحكمة فى مصير المبالغ التى سحبتها زعمت أنها أنفقتها فى الصيدلية والمشروعات الأخرى حالة أنها ليست مديرة للصيدلية ومن غير المعقول أن تقوم بتمويل الصيدلية من رصيدها الخاص كما أن دار التجميل افتتحت فى ١٩٥٩/٨/٢٣ ثم عادت وقررت أن هذه المبالغ موجودة ولا يمكنها الارشاد عنها وهذا التناقض يؤكد أنها تصرف فيها على وجه يحرجها أن تصرح به. (٤) عمدت إلى تدمير المعمل الكيماوى وزعمت أنها حولته إلى ورشة ولم تبين وجه هذا التحويل ولم تقدم عليه. (٥) نقلت دار التجميل إلى مصر الجديدة بعد أن أنفقت مبالغ طائلة فى اعدادها. (٦) أنشأت سكنا سياحيا ولم تبين وجه الفائدة التى عادت عليها منه. (٧) استأجرت مسكنا بمصر الجديدة وزودته بأثاثات فاخرة وحولت عقد ايجاره إلى ذات الشخص الذى حامت حوله شبهات الزوج. (٨) شهادة شقيقها وهى سابقة على اشهار اسلامها.

وهذا من الحكم خطأ ومخالفة للقانون وفساد فى الاستدلال، إذ السفه هو تبذير المال وانفاقه على غير مقتضى العقل والشرع ولازم هذا أن لا شأن للسفه بغير انفاق المال بما يعترض العلاقات الزوجية من شقاق واضطراب، وأن مجرد انفاق المال لا يوجب الحجر بل يجب أن يثبت على وجه اليقين أنه كان على غير ما يوجب به العقل والشرع. والدليل على ذلك يلزم طالب الحجر لا المطلوب حجره

بحيث لا يكلف بإقامة الدليل على الأوجه السابقة التى أنفق فيها ماله وهذه القواعد القانونية لم يفطن لها الحكم المطعون فيه وخالفها من وجوه:

(أولها) أنه جمع بين تصرفات الطاعنة والشقاق القائم المستحكم فى العلاقات الزوجية وهو أمر خارج عن نطاق الدعوى ونطاق الحجر للسفه وتبذير المال، وقد أثبت التحقيق كذب بلاغ المطعون ضده بشأن سلوكها.

(وثانيها) أنه اتخذ من واقعة الادعاء بفقد مبلغ الـ ٤٢٠ ج دلالة على السفه وهى واقعة لا تحوى دليلا على انفاق المال فى غير ما يسمح به العقل والشرع كما اتخذ من استيلاء الطاعنة على مبلغ الـ ٦٥ ج من ايراد الصيدلية دلالة على السفه مع أنها تملك فيها النصف ومرتبها وحصتها فى الربح حوالى المائة جنيه شهريا.

(وثالثها) أنه عول فى قضائه على كشوف حساب البنك وما جاء فيها من أن رصيد الطاعنة فى أول سنة ١٩٦٢ كان حوالى ٦٠٠٠ ج ثم انكمش فى أكتوبر إلى ٤٩ ج وأنها تناقضت حين قالت انها صرف المبلغ فى مشروعاتها ثم عادت فقالت انه موجود وهذا التناقض يفيد أنها تصرفت فيه على وجه يحرجها أن تصرح به - مع أن مجرد سحب المبلغ لا يعتبر دليلا على السفه بل العبرة بثبوت انفاقه فيما لا يقره العقل والشرع وهو ما لم يثبت والطاعنة لا يلزمها الدليل على وجوه انفاقه وهى تمارس أعمالا تجارية ومالية من شأنها أن يكون تحت يدها مال سائل للانفاق منه. والثابت من أوراق الدعوى أنها واجهت عدة مواقف تستدعيه منها نقل صالون التجميل إلى مصر الجديدة بعد أن شاغبها المطعون عليه ووضع يده عليه ونفقات التقاضى ومغارمه والمنازعات القضائية بينهما ومنها دعوى الطاعة ودعوى رد حيازة الصالون ودعوى مطالبة المطعون عليه بمبلغ ١٠٠٠ ج ودعوى التطليق ودعوى التزوير ودعوى حساب الصيدلية ودعوى الجنحة المباشرة عن القذف ودعوى النفقة.

(ورابعها) أنه استند فيما استند إليه إلى أن الطاعنة عمدت إلى تدمير المعمل الكيماوى، ولما ناقشتها المحكمة زعمت أنها حولته إلى ورشة ولم تبين وجه التحويل، مع أنها أنكرت وجوده وقالت إن المكان المقصود هو مخزن لا قيمة له من الأدوات ورأت من حسن التصرف أن تستغله فيما يفيد فأجرته ورشة تجارة. كما استند إلى أنها بعد أن أنفقت مبالغ طائلة على صالون التجميل عمدت إلى نقله إلى مصر الجديدة، وهو استدلال غير سائغ لأن الصالون يقع فى صندرة فوق الصيدلية ولما استحكم الخلاف وادعى المطعون عليه أنه المالك للصالون ووضع اليد عليه ومنع الطاعنة من الاتصال به وطرح الأمر على القضاء وحكم لمصلحتها، ولما أرادت استلامه واستئناف العمل فيه أخذ يشاغبها ويشاغب عملاءها، وكل هذه التصرفات كانت تحتم على الطاعنة إن أرادت لمشروعها الخير أن تنقله إلى مكان آخر.

(وخامسها) أنه استند إلى أن الطاعنة أنشأت سكنا سياحيا ولم تبين وجه الفائدة التى تعود عليها منه وهو مردود بأن طالب الحجر يقرر أنه هو الذى أنشأ السكن وزوده بالأثاث اللازم لاستغلاله والتصرف وتلك فى ذاتها لا تعتبر من مظاهر السفه. بل هو استغلال عادى متعارف عليه يدل على رجحان عقل من يسعى إليه وقد استأجرت الطاعنة المسكن من شركة مصر للتأمين وأجرته من باطنها لمكتب الخدمات العامة وربحت من وراء ذلك حوالى عشرين جنيها فى الشهر، وعلى فرض أنها لم توفق فى استغلاله فهذا لا يعيب تصرفها شأن أى عمل تجارى يحتمل الكسب والخسارة وليس من المقبول أن ينسب التصرف إلى السفه فى الحالة الأخيرة وإلا كان كل تاجر لا يحالفه النجاح سفيها يستأهل الحجر.

(وسادسها) أنه استند إلى أن الطاعنة استأجرت مسكنا فى مصر الجديدة وأثثته بأثاث فاخر وحولت الايجار للشخص الذى حامت حوله شبهات الزوج، وهو مردود بأن طالب الحجر لا يدعى أن الأثاث أعطى لذلك الشخص وفى الأوراق ما يثبت أنها استلمته وأخلت المسكن وليس فى هذا التصرف ما يدل على التبذير وانفاق المال فى وجه غير مشروع.

(وسابعها) أنه استند إلى أقوال شقيقى الطاعنة وموافقتهما على طلب الحجر وهى لا تنبئ عن سفه ولا تكفى مسوغا له وكان على الحكم أن يمحصها ويراجعها لأن مقتضيات العمل التجارى يقدرها صاحب الشأن.

(وثامنها) أنه أغفل مواجهة الأدلة القائمة فى الدعوى وهى لا تقف عند حد نفى حالة السفه بل تؤكد حسن تدبير الطاعنة للمال وحرصها فى انفاقه.

وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن السفه هو تبذير المال واتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا وهو فكرة معيارية تبنى بوجه عام على اساءة استعمال الحقوق ومن ضوابطه أنه خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع، وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتوقيع الحجر على الطاعنة مستندا فى ذلك إلى أن «الثابت من تحقيقات الشكوى رقم ٣٨٠٤ سنة ١٩٦٥ إدارى الأزبكية أنها ادعت بفقد مبلغ ٤٢٠ ج كان محفوظا فى دولاب بحجرة المعمل وأنها قد شاهدته لآخر مرة فى الساعة ١٢ من ظهر يوم ١٩٦٢/٧/٥ فى حين اكتشفت سرقته حوالى السادسة مساء من نفس اليوم واتجهت بالاتهام إلى عمال الصيدلية وبعد أن سار التحقيق شوطا بعيدا ادعت يوم ١٩٦٢/٧/٦ أنها عثرت على المبلغ فى حقيبة يدها - وترى المحكمة من سياق مسلك المستأنف ضدها وعدم انسجام أقوالها مع المنطق والمألوف ما يرجح أنها عمدت إلى الاستيلاء لنفسها على هذا المبلغ، الأمر الذى يدل عليه رفعه من مكانه بالدولاب الموجود بالمعمل ووضعه فى حقيبة يدها، فلما أجمع من سئلوا فى التحقيق على أن أحدا لم يسرق شيئا اضطرت إلى الادعاء بأنها عثرت عليه. وهى على أى حال لم تدع بإعادة المبلغ

إلى مكانه ليكون تحت صرف زوجها وأن الثابت من التحقيقات رقم ٥٠٢٠ سنة ١٩٦٢ إدارى السيدة أنها استولت من ايرادات الصيدلية على مبلغ ٦٥ ج دون أن تكون مأذونة فى ذلك» وأنه يبين «من مطالعة كشف الحساب الجارى للسيدة المستأنف عليها طرف بنك مصر أن رصيدها كان دائنا للبنك حتى أول سنة ١٩٦٢ فى مبلغ ٦٠٧٨ ج و ٣٦٩ مليم وانكمش إلى مبلغ ٤٩ ج و٧٢٨ م فى أكتوبر من نفس السنة وظل كذلك حتى منتصف سنة ١٩٦٣، ولما ناقشت المحكمة المستأنف ضدها فى مصير هذه المبالغ الكبيرة التى سحبتها زعمت أنها أنفقتها فى الصيدلية والمشروعات الأخرى حالة أن الثابت أنها ليست مديرة الصيدلية وإنما مجرد رئيس قسم المبيعات، ومن غير المعقول أن تقوم بتمويل الصيدلية من رصيدها الخاص، كما أن دار التجميل افتتحت فى ٢٣ من أغسطس سنة ١٩٥٩» وأنها فى حين تقرر انفاق المبلغ فى المشروعات إذ بها فى المذكرات تقرر أنه «موجود ولا يمكنها الارشاد عنه، وفى هذا التناقض ما يؤكد أنها تصرفت فيه على وجه يحرجها أن تصرح به. وأنها عمدت إلى تدمير المعمل الكيماوى ولما ناقشتها المحكمة فى ذلك زعمت أنها حولته إلى ورشة تجارة ولم تبين وجه هذا التحويل» وأنها «بعد أن أنفقت مبلغ طائلة فى اعداد دار التجميل عمدت إلى نقلها إلى مصر الجديدة بحجة أن المستأنف قد منعها من دخولها مع أنها تحصلت على حكم استئنافى مستعجل باعادة تمكينها من استلام هذه الدار ومن ثم لم يكن هناك موجب لنقل الدار إلى مكان آخر وتدمير زخارفها وضياع ما أنفق فيها وما يقتضيه النقل والمكان الجديد من اعداد ومصروفات باهظة». وأنها «بعد أن أنشأت مسكنا سياحيا وتكلفت فى سبيل ذلك مصروفات باهظة لم تبين الفائدة التى عادت عليها من ذلك بل لم تقدم أى عقد يفيد استغلالها لهذا المسكن، الأمر الذي ينم على أنها تنفق المال على غير مقتضى العقل والشرع وأنها استأجرت مسكنا فى مصر الجديد وزودته بأثاث فاخر وسرعان ما حولت عقد الأيجار إلى ذات الشخص الذى حامت حوله شبهات الزوج وقيل انه ذو أثر عليها ولم تبين السيدة علة استئجار هذا المسكن وتأثيثه ثم تحويل العقد إلى الغير «وأن شقيقها» شهدا بتحقيق النيابة بأنها تنفق المال دون تعقل وأن من الخير لها أن يوقع الحجر عليها صيانة لما لها ولأولادها، غير صحيح أن الشاهدين قد حقدا عليها لاشهار اسلامها ذلك لأن أقوالهما صدرت عنهما منذ البداية فى الخطاب الذى بعث به أحد الشقيقين إلى شقيه الآخر فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٦٢ فى حين أن المستأنف ضدها لم تشهر اسلامها إلا فى شهر ديسمبر سنة ١٩٦٢ ثم خلص مما تقدم ومن تصرفات المستأنف ضدها وسلوكها وأقوال شقيقها أنها تنفق المال على غير مقتضى العقل والشرع مما يستوجب توقيع الحجر للسفه، وهذه التقديرات من الحكم ليس فيها ما ينبئ عن انفاق المال واتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع ولا يتحقق بها مقتضاه إذ هى لا تنطوى على خفة واساءة استعمال الحقوق بل تكشف عن خصومة يتدافعها طالب الحجر والمطلوب الحجر عليها ولم يكن طلب الحجر إلا حلقة منها - إذ كان ذلك فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث السبب الثانى.

وحيث أن الموضوع صالح للفصل فيه ولما تقدم ولما جاء في الحكم الابتدائي من أن «الواقع في الطلب والذي لا جدال فيه أن المطلوب الحجر عليها ذات نشاط تجاري واسع النطاق فهي تملك دارا للتجميل وتقاسم زوجها الطالب في ملكية صيدلية ومعمل كيماوي وتستغل شقة سياحيا على حد قول زوجها الطالب بطلبه وهذا النشاط التجاري المتعدد يعود عليها بأرباح وفيرة، ومن مقتضيات هذا النشاط أن يتداول لديها مبالغ كثيرة، كما أنه من جهة أخرى فإن المنازعات والخصومات قد احتدمت فيما بين الطالب وزوجته المطلوب الحجر عليها وكان من ذلك تبادل البلاغات والاتهامات والاختصام في قضايا وإن معالم كل من الولاية على المال والولاية على النفس واضحة وجلية فيجب التفرقة بينهما فضلا عن أنه يجب عدم الخلط بين الولاية على المال ووجود ثمة منازعات مدنية فالزوجة شرعا لها الولاية على مالها وأهليتها كاملة لا تنتقص ولا يحد منها ولا تعدم إلا إذا قام بها عارض من عوارض الأهلية من عته أو جنون أو سفه أو غفلة وأن «الذي ساقه الطالب بطلبه من تصرفات نسبها للمطلوب الحجر عليها باتخاذها دارا للتجميل ومقاسمتها إياه في ملكية الصيدلية ومعمل كيماوي مثل هذا النشاط التجاري لا ينبئ عن سفه وانما يدل على ممارسة المطلوب الحجر عليها لعمل تجاري يعود عليها بربح وفير. أما الشكاوى الإدارية التي أشار إليها الطالب والتي حوتها حوافظ المستندات فلا يستدل منها أيضا على سفه المطلوب الحجر عليها فليس ثمة إذن واقعة محددة تتخذ ذريعة للقول بسفه المطلوب الحجر عليها. أما ما تضمنه الخطاب المتداول بين شقيقى المطلوب الحجر عليها والمنوه عنه فيهدره ما قرره شقيقاها عند سؤالهما بمحضر تحقيق النيابة من أن الصلات بينهما وبين المطلوب الحجر عليها ضعيفة وأنهما ليسا على علم بحالتها المالية. مكما قررت المحجور عليها في هذا الخصوص أن ما دفع شقيقاها لتحرير هذا الخطاب جهرها برغبتها في الاسلام واتخاذها إجراءات اشهار اسلامها، فكان أن أراد شقيقاها بأن يحولا بينها وبين ذلك وهدداها بتوقيع الحجر عليها إن هي أسلمت. فواقع الحال إذن أن السفه ليس له ما يسنده من تصرفات المحجور عليها، فالقول بأنها تبذر في مالها وتتلفه بإنفاقه على غير مقتضى العقل والشرع وهذا معنى السفه ومبناه، وهذا القول عار عن الدليل إذ أن اقدامها على الأعمال التجارية التي تعود عليها بربح كثير ووجود منازعات وخصومات بينها وبين زوجها الطالب لا ينبئ هذا كله عن سفه المطلوب الحجر عليها فلا يستدل منها عن نقص في تمييز المطلوب الحجر عليها في دائرة التصرفات المالية كمعنى السفه. وعلى ذلك فطلب الحجر لم يصادف موجبا يوجبه».

ملحق - حكم محكمة النقض (الدائرة المدنية) فى ٢ من نوفمبر ١٩٦٥ (مجموعة أحكام النقض المدنى ١٦-١٥١-٩٥٣):

أثر تسجيل طلب الحجر

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وغيره من الأوراق - تتحصل فى أن الطاعن رفع الدعوى رقم ٤٦٨ لسنة ١٩٥٢ الجيزة طالبا الحكم بالزام السيدة ح.ع.ا التى حجر عليها فيما بعد وعين المطعون عليه الأول قيما عليها - والسيدة س.ا متضامنين بأن يدفعا له مبلغ ٤٤٨٠ ج مع الفوائد والمصاريف، وقال إنه يداين السيدة ح فى هذا المبلغ، بضمان وتضامن المطعون عليها الثانية وذلك بموجب عدة سندات قدمها - وبتاريخ ١٩٥٣/٣/١٥ حكمة محكمة أول درجة للطاعن بطلباته - استأنف هذا الحكم، السيد م.ح.ا بصفته وكيلا عن والدته السيدة ح بالاستئناف رقم ٥٥٣ لسنة ٧٠ ق القاهرة، ولما حجر عليها أثناء نظر الاستئناف باشره بصفته قيما عليها.

وبتاريخ ١٩٦٠/١٢/١٥ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض الدعوى.

طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض، وعرض الطعن على دائرة فحص الطعون بجلسة ١٩٦٤/٦/٦ وفيها صممت النيابة العامة على رأيها الذى أبدته بمذكرتها المتضمنة طلب رفض الطعن، وقررت دائرة الفحص احالة الطعن إلى هذه الدائرة وفى الجلسة التى حددت لنظره التزمت النيابة رأيها السابق.

وحيث أن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه بالسبب الثاني وبالشق الثانى من السبب الثالث الخطأ فى تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق والفساد فى الاستدلال - وفى بيان ذلك يقول إن الحكم أهدر السندات المثبتة لدينه قبل السيدة ح. بحجة أنها باطلة لأن تحريرها كان نتيجة استغلال - هذا فى حين أن تحرير هذه السندات سابق على تقديم طلب توقيع الحجر على السيدة ح. للسفه وعلى تسجيل هذا الطلب فى ١٩٥٣/١٠/٢١ ومن أجل ذلك لا يصح الطعن عليها بالاستغلال، إذ قرار الحجر للسفه لا ينسحب أثره على التصرفات السابقة عليه إلا إذا كانت قد حصلت نتيجة استغلال أو تواطؤ وقد عجز المطعون عليها عن اثبات الاستغلال المدعى به - وما استخلصته المحكمة من الحكم القاضى بالحجز ومن التحقيقات التى باشرتها النيابة فى هذا الخصوص، ليس فيه ما يدل على الاستغلال. وغير صحيح ما استندت إليه المحكمة من هذه الأوراق وغيرها لاثبات الاستغلال إذ لم يثبت شئ منه بموجبها - ويضيف الطاعن أنه لم يكن فى وسعه أن يعلم شيئا عن سفه السيدة ح. إلا من وقت تسجيل طلب الحجر، أما قبل ذلك فقد كان يعلم عنها أنها سيدة حريصة على مالها، واستناد المحكمة فى اثبات الاستغلال إلى القول بأنها استخلصت من بعض

المستندات أن الطاعن وزجته أخذا من السيدة/ح. عدة شيكات على الرغم من علمهما بعدم وجود رصيد لها فى البنك، هو استناد فى غير محله، لأن صلة الطاعن بالسيدة حافظة منقطعة منذ يوم ١٩٥٢/٩/١١، عندما أقام عليها الدعوى الحالية، ولأن الشيكات جميعها كانت قد حررت قبل أن يخطره البنك - وفى سنة ١٩٥٣ - بعدم وجود رصيد لها. أما استناد المحكمة فى اثبات الاستغلال إلى ما لاحظته على تواريخ السندات وقيمة كل سند منها، واستخلصت منه أنه من غير الطبيعى أن يكون الطاعن قد أقرض السيدة/ ح. المبالغ المحررة بها هذه السندات فى تواريخها - فيقول الطاعن فى شأنه: إن واقع الحال، هو أنه لم يكن بمقدوره اعطاءها المبالغ التى اقترضتها دفعة واحدة.

وحيث أن هذا النعى مردود، ذلك أنه لما كانت السيدة ح. قد حجر عليها للسفه، كما سبق القول وكانت تصرفات السفيه أو ذي الغفلة، السابقة على تسجيل قرار الحجر وعلى تسجيل طلب توقيعه تكون باطلة أو قابلة للابطال إذ ا كان صدورها نتيجة استغلال أو تواطؤ، وإذ كان الحكم قد استظهر من التحقيقات التى قامت بها النيابة عقب تقديم طلب الحجر من الحكم القاضى بتوقيعه أن السيدة حافظة قد اعتادت الاستدانة من المرابين بالربا الفاحش، وأنها أعطت عدة شيكات بدون رصيد ووقعت شيكات أخرى على بياض للحصول على المال دون أن ترعى شيئا من أمر نفسها، وكانت تهيم فى الطرقات وتتعامل مع الخدم والسوقة تتنازعها الأيدى غير الأمينة لتحصل منها وعلى حسابها على أكبر مغنم عن طريق أخذ سندات لا تمثل الحقيقة حرر بعضها على بياض - واستظهر الحكم ثبوت الاستغلال مما تقدم ومما حصله من الأوراق من أن صلة الطاعن بالسيدة ح. قديمة ووثيقة وأنها امتدت حتى آخر سنة ١٩٥٦. إلى ما بعد قيام القضايا المدنية والجنائية بينهما، مما لا يتأتى معه أن يجهل الطاعن حالتها. وإذ استظهر الحكم ذلك وأورد أن الطاعن هو وزوجته - قد حصلا من السيدة/ح. على شيكات عديدة على الرغم مما تبيناه من عدم وجود حساب لها فى البنك، بقصد اتخاذ هذه الشيكات أدلة لإرهابها، وذكر أيضا فى هذا المقام أنه «وليس أدل على استغلال الطاعن للسيدة/ح. وعلى عدم استقرار تصرفاتها وسهولة انقيادها والتأثير عليها دون أن تكون لها إرادة سليمة تفرق بها بين النافع والضار، من حصول الطاعن - منها - على الإقرار المتضمن تنصلها من رفع الاستئناف وتنازلها عنه مع علمها بانشغال ذمتها بالدين المحكوم به، ثم مسارعته - أى الطاعن - بعد أن قدم ابنها الذى كان وكيلا عنها اقرارا مناقضا تتمسك فيه بالاستئناف - إلى الحصول على الاقرار الثانى الذى تطعن فيه على الاقرار المقدم من ابنها وتؤكد اقرارها الأول المسلم للطاعن «كما قال الحكم فى المقام نفسه» إن طريقة تحرير السندات تدل فى ذاتها على الاستغلال وعلى أنها - المطعون عليها الأولى - مسلوبة الإرادة وواقعة تحت سلطان المستأنف عليه الأول - الطاعن - وزوجته، إذ غير الطبيعى أن يقرضها فى ١٩٥١/١٢/٢٧ مبلغ ١٠٠٠ ج بسند يستحق السداد فى يوم ١٩٥٢/٦/٢٥ ثم يقرضها فى نفس التاريخ مبلغ ٩٨٠ جنيها بسند آخر يستحق السداد فى

نفس يوم ١٩٥٢/٦/٢٥ فى حين أنه أقرضها من أسبوع سابق أى فى يوم ١٩٥١/١٢/٢٠ ثم يقرضها فى نفس التاريخ مبلغ ٩٨٠ جنيها بسند آخر يستحق السداد فى نفس يوم ١٩٥٢/٦/٢٥ فى حين أنه أقرضها من أسبوع سابق أى فى يوم ١٩٥١/١٢/٢٠ مبلغ ٥٠٠ ج وقبل ذلك بيوم واحد مبلغ ١٠٠٠ ج كل هذه السندات تحررت فى غفلة من الأهل والأصدقاء. ولم يقتصر الأمر على هذه السندات بل تعداها، بإقراره تحرير شيكات عليها ببضعة آلاف من الجنيهات بالرغم من عدم سدادها له قرشا واحدا، وبرغم علمه بأنه ليس لها حساب ببنك مصر المحررة عليهما الشيكات» وقد تبين من الحكمين الجنائيين السابق الاشارة اليهما أن هذه الشيكات لا تمثل الحقيقة.

لما كان ذلك، وكان ما حصله الحكم فى هذا الخصوص سائغا ومؤديا إلى النتيجة التى انتهى إليها، فإن النعى بما يثيره الطاعن فى هذا الشأن إن هو إلا مجادلة فى أمر موضوعى متعلق بفهم الواقع وتقدير الدليل مما لا سبيل للمناقشة فيه أمام محكمة النقض. أما النعى على الحكم بأنه لم يثبت شئ مما استخلصه - لا فى الحكم القاضى بتوقيع الحجز ولا فى تحقيقات النيابة - فنعى عار عن الدليل مادام الطاعن لم يقدم بملف الطعن صورة رسمية لهذا الحكم ولهذه التحقيقات.

وحيث أنه لما تقدم يتعين الحكم برفض الطعن.

ملحق : حكم محكمة النقض (الدائرة المدنية) فى ٢١ مايو ١٩٦٤ (مجموعة أحكام النقض المدنى ١٥-١١٢-٧٠٦):

تصرفات السفيه أو ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى أن الطاعن أقام الدعوى رقم ١٥٥٣ سنة ١٩٣٠ كلى القاهرة وانتهى فيها إلى اختصام السيدة م.أ.ش بصفتها ناظرة وحارسة قضائية على وقف المرحوم ح.ب و.أ.ش بصفته قيما على والده أ.ش - وطلب الزام المدعى عليها الأولى بصفتيها بأن تدفع له من ريع الوقف المذكور مبلغ ١٨٠٠ جنيه وتثبيت الحجز التحفظى الذى أوقعه تحت يد المدعى عليه الأخير على ما فى ذمته لـ أ.ش، وجعل هذا الحجز نافذاً.

وقال الطاعن في بيان دعواه إنه بموجب عقد ايجار تاريخه ٨ من يونيه سنة ١٩٢٥ وثابت التاريخ فى ٢٧ يوليو سنة ١٩٢٥ استأجر من أ.ش بصفته ناظرا لذلك الوقف مائة فدان تقريبا كائنة بناحيتى ...... وذلك لمدة ثلاث سنوات تبدأ من أول نوفمبر سنة ١٩٣٨ وبأجرة جملتها ١٨٠٠ ج عن جميع هذه المدة عجل منها مبلغ ٨٠٠ ج وقت تحرير العقد واتفق على دفع الباقى بعد خصم الأموال الأميرية منه على أقساط خلال مدة الاجارة كما التزم المؤجر فى العقد فى حالة تأجيره الأرض

المؤجرة للغير عن نفس المدة برد ما قبضه من الأجرة وتعويض قدره الف جنيه - وأن المؤجر على الرغم من ذلك أقدم على تأجير الأطيا ذاتها ولنفس المدة إلى أ.أ وذلك بعقد ايجار رسمى تاريخه ١٨ من فبراير سنة ١٩٢٦ فبادر الطاعن إلى رفع الدعوى رقم ١٥٠٠٥ سنة ٥٢ ق أمام محكمة مصر المختلطة واختصم فيها هذا الشخص أ.ش وطعن في هذا العقد بالصورية وبتحريره بالتواطؤ بينهما بقصد حرمانه من الانتفاع بالأطيان السابق تأجيرها إليه، وطلب فى تلك الدعوى الحكم بأفضلية عقده وتسليمه هذه الأطيان فى التاريخ المحدد لبدء تنفيذه وهو أول نوفمبر سنة ١٩٢٨ ولما رأى الطاعن أن إجراءات التقاضى أمام المحكمة المختلطة قد طالت واستنفدت معظم مدة عقده ترك هذه الدعوى ولجأ إلى القضاء الوطنى وأقام أمامه - دعواه الحالية بطلب رد الأجرة المقبوضة ومبلغ التعويض المشروط فى العقد. وإذ كان قد صدر قرار فى ٦ أبريل سنة ١٩٢٧ بتوقيع الحجر على المؤجر أ.ش للسفه والغفلة فقد اختصم فى دعواه هذه القيم عليه ووزارة الأوقاف التى خلفته فى نظارة الوقف. ولما عينت السيدة م. ناظرا بدلا من وزارة الأوقاف وحارسة قضائية على الوقف اختصمها بهاتين الصفتين وطلب الزامها بالمبلغ المطالب به كما اختصم والده ليحكم فى مواجهته بتثبيت الحجز الذى كان قد أوقعه تحت يده على ما لمدينه أ.ش فى ذمته من ديون.

وقد طعنت ناظرة الوقف فيما طعنت به من أن عقد الايجار أساس الدعوى باطل لصدوره من أ.ش أثناء قيام حالة السفه والغفلة به ومع علم الطاعن بهذه الحالة وقت ابرام العقد، ورد الطاعن على هذا الدفاع منكرا علمه بتلك الحالة وقت تحرير العقد وقال إنه مادام تاريخ هذا العقد سابقا على تاريخ تقديم طلب الحجر وهو ٢١ فبراير سنة ١٩٢٧ وعلى تاريخ القرار الصادر بتوقيعه فإن آثار الحجر لا تلحقه.

وبتاريخ ٢٨ فبراير سنة ١٩٣١ حكمت المحكمة الابتدائية ببطلان الحجر الموقع تحت يد الشيخ ش.م - والد الطاعن - ثم حكمت فى ١١ يونية سنة ١٩٤٩ قبل الفصل فى الموضوع بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت الناظرة على الوقف والقيم بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة أن حالة السفه والغفلة كانت قائمة بالناظر السابق أ.ش قبل تحرير عقد الايجار وأن المدعى (الطاعن) أقدم على ابرام هذا التصرف وهور عالم بقيام سبب الحجر وصرحت المحكمة للطاعن بنفى ذلك بالطرق عينها. وبعد أن سمعت المحكمة شهود الطرفين حكمت فى ٢٨ من نوفمبر سنة ١٩٥٠ بالزام السيدة م بصفتها ناظرة وحارسة على وقف المرحوم ح.ب أن تدفع للطاعن من ريع الوقف المستحق للمدعى عليه الثانى بصفته قيما على والده أ.ش مبلغ الف وثمانمائة جنيه. وبنت المحكمة قضاءها بذلك على أنه لم يثبت لها علم الطاعن بسفه المؤجر أو غفلته عند ابرام العقد.

استأنف القيم على المحجور عليه والسيدة م بصفتيها هذا الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة وقيد استئنافهما برقم ١٦٥ سنة ٦٨ ق وطلبا الغاء الحكم المستأنف ورفض دعوي الطاعن. وأثناء سير

الاستئناف حلت محلهما فيه السيدة س.أ.ش بصفتها قيمة على والدها أ.ش وبصفتها حارسة على أملاك الوقف المذكور بعد حله وتمسكت ببطلان العقد لعلم الطاعن بسفه المؤجر وبغفلته عند استصدار هذا العقد واستغلاله هذه الحالة ونعت على الحكم المستأنف فساد استدلاله وعلى نفى هذا العلم.

وبتاريخ ٣٠ يونية سنة ١٩٥٦ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض دعوى المستأنف ضده (الطاعن) تأسيساً على إبطال العقد فطعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وعرض الطعن على دائرة فحص الطعون بجلسة ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٦٢ - وفيها صممت النيابة على المذكرة المقدمة منها والتى انتهت فيها إلى رفض الطعن، وقررت دائرة الفحص إحالة الطعن إلى هذه الدائرة وبالجلسة المحددة لنظره تمسكت النيابة برأيها السابق.

وحيث أن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ فى القانون وفساد الاستدلال والقصور في التسبيب، وفى بيان ذلك يقول إن الحكم أقام قضاءه بإبطال عقد الايجار الصادر إليه من أ.ش على سند واحد هو ما استخلصه من أنه (الطاعن) حيث تعاقد مع الأخير كان يعلم بسفهه وغفلته وأنه قصد استغلال هذه الحالة، وذهب الحكم يبين الأسباب التى استخلص منها فهمه هذا وانتهى إلى القول «ومن كل ذلك يبين أن عقد الايجار موضوع الدعوى وإن كان قد حرر قبل توقيع الحجر على المؤجر إلا أنه صدر فى فترة قيام أسباب الحجر وهى السفه والغفلة لدى المتعاقد معه ومن ثم يكون هذا العقد باطلا» - ويرى الطاعن أن الحكم إذ جعل إبطال التصرف الصادر من المحجور عليه لسفه أو غفلة أو لكليهما - قبل توقيع الحجر منوطاً بظهور حالة السفة والغفلة وعلم المتصرف إليه بها يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتأويله ذلك أن الأصل أن كل تصرف يصدر من المحجور عليه قبل قرار الحجر يكون صحيحا ولا يبطله علم المتصرف له بحالة السفه والغفلة ولا مجرد قصده الافادة من هذه الحالة وإنما يبطل هذا التصرف إذا صدر بطريق التواطؤ والغش بين المحجور عليه والمتصرف له بقصد التحايل علي القانون، ولما كان الحكم قد اكتفى بالتدليل على علم الطاعن بسفه المؤجر وغفلته وأهمل الأساس الذى لا يقوم البطلان إلا عليه، فإنه يكون مخالفا للقانون وقاصر قصوراً يعيبه، ويضيف الطاعن أن الحكم وإن قرر أنه حين تعاقد مع أ.ش كان يعلم بسفهه وغفلته وقصد استغلال هذه الحالة إلا أنه خلا من أي دليل أو مجرد قرينة تصلح لإثبات قصد الاستغلال الذى نسب إليه - أما ما استند إليه الحكم من أنه كان عند ابرامه العقد طالبا ومن أن العقد أبرم قبل مدته بثلاث سنوات وذكر فيه أن حدود الأطيان المؤجرة معلومة للطرفين كما اشترط فيه تعويض كبير يزيد على صافى الايجار بعد خصم الأموال وذلك فى حالة اخلال المؤجر بالتزامه وتأجير الأطيان للغير - ومن أن الطاعن خلق لحقه في هذا التعويض امتيازاً على ريع الوقف وما استخلصه الحكم من شهادة شاهد الاثبات الرابع من أن الطاعن لم يدفع من مبلغ الثمانمائة جنيه الذى ذكر فى العقد أنه عجله من الأجرة سوى مبلغ خمسمائة جنيه وأن الباقى خصم مقابل الهدايا التى قدمها شقيق الطاعن إلى ابنة

المؤجر في فترة الخطوبة التي فسخت فيما بعد - هذه الأسباب التى استند إليها الحكم - بعضها غير صحيح وهى جميعها لا تؤدى عقلا إلى ما رتبه عليها الحكم من أن (الطاعن) كان عند ابرامه العقد يعلم بسفه المؤجر وقصد استغلال هذه الحالة. فليس صحيحا أن التعويض المشروط يربو على قيمة أجرة الأطيان فى مدة الثلاث سنوات المتفق عليها. ولا أن الطاعن خلق لنفسه حق امتياز على ريع الوقف. وحتى لو صح تفسير النص الوارد بهذا الشأن على النحو الذى فسرته به المحكمة فإن هذا النص يكون لغوا لا ينشأ به حق امتياز ولا يعدو أن يكون نصا تهديديا. ومن جهة أخرى فإن المفروض عند الاتفاق على التعويض أن يحدده الطرفان مقابل الربح الذى يضيع على المستأجر من عدم انفاذ عقده والأمر في تحديد هذا التعويض منوط في جميع الأحوال بتقدير المحكمة للضرر الذى يلحق بالمستأجر وللمحكمة وفقا للقانون القديم الذى أبرم العقد في ظله أن تخفض التعويض المتفق عليه بما يتناسب مع هذا الضرر، وكون الطاعن طالبا عند ابرامه العقد لا يفيد استغلاله حالة السفه والغفلة التى كانت قائمة بالمؤجر، لأن الطاعن كان مزمعا أن يجمع بعد تخرجه بين العمل فى المحاماة وفى الزراعة وهو ما حصل فعلا بعد أن أنهى دراسته. كذلك فإن علمه بحدود الأطيان المؤجرة لا يفيد بأى حال علمه بسفه المؤجر ولا قصده استغلال هذا السفه وقد دلل الطاعن أمام محكمة الموضوع فى انتفاء الاستغلال بأنه استأجر ذات الأطيان في سنة ١٩٣١ فى مزاد علني من وزارة الأوقاف - بعد أن وليت النظر على الوقف - بأجرة سنوية قدرها خمسة جنيهات للفدان أى بما يقل عن الأجرة المتفق عليها في العقد محل النزاع.

وحيث أنه يبين من الحكم المطعون فيه أنه بعد أن أورد شروط عقد الايجار سند الدعوى استعرض أقوال شهود الطرفين والأحكام التي استشهدت بها القيمة وناظرة الوقف على قيام حالة السفه والغفلة بالمحجور عليه أ.ش وقت ابرامه ذلك العقد، ثم قال الحكم «وحيث أن هذه المحكمة ترى أن أقوال شهود الاثبات التى يطمأن إليها صريحة فى أن أ.ش كان على درجة ظاهرة من السفه والغفلة لا تخفى على أحد فضلا عن المقربين منه والمتصلين به، كما أنها صريحة فى أن عائلة الشيخ ش.م كانت على صلة وثيقة به بحكم استئجار عميدها منذ سنة ١٩١٠ أطيان الوقف التى كان أ.ش ناظرها والمستحق الوحيد فيها - وبحكم اختلاطه بأفرادها واحتمائه إلى عميدها هربا من تنفيذ حكم الحبس لعدم دفعه مبلغ النفقة لوالده - وحيث أن المحكمة ترى أن هذه الحالة ما كانت تخفى على المستأنف عليه (الطاعن) بالذات، وأنه حين تعاقد على ايجار أطيان الوقف كان يعلم بها وكان يقصد استغلالها وذلك للأسباب الآتية:

أولا - ظروف تحرير عقد الايجار وملابساته والصيغة التى كتب بها فقد تبين أن عقد الايجار أبرم بين أ.ش وبين المستأنف ضده بتاريخ ٨ يونية سنة ١٩٢٥ وأثبت تاريخه فى ٢٧ يولية سنة ١٩٢٥ أى فى وقت كان فيه هذا الأخير طالبا، وقد حدد لبدء تنفيذه آخر أكتوبر سنة ١٩٢٨

ولانتهائه آخر أكتوبر سنة ١٩٣١ وليس من المألوف أن يقدم طالب على عقد استئجار نحو مائة فدان أثناء دراسته وأن يدفع جزءا كبيرا من الايجار مقدما وأن يقدم على ذلك قبل إمكان انتفاعه بالعين بنحو ثلاث سنوات وما من شك فى أن هذا قرينة تؤيد أقوال شاهد الإثبات الرابع من أنه حين وسط للصلح سأل المستأنف عليه عن ظروف التأجير فأخبره والده أنه كان يطالب أ٠ش بنحو ثلاثمائة جنيه بقولة أنها صرفت من بضع سنوات سابقة فى شراء هدايا وحلوى وما يماثلها أثناء خطبة أخيه م٠ش لابنه أ٠ش وأنه انتهز هذه الفرصة - فرصة التجاء الأخير لمنزل أبيه - وأشار على والده بتحرير عقد ايجار عن أطيان الوقف يبدأ بعد ثلاث سنوات ويحتسب فيه هذا المبلغ من قيمة الايجار٠ فلما سأله عن السبب فى عدم كتابة العقد باسم أبيه قال إنه كتبه باسمه دفعا للشبهات لوجود قضايا بين والده وأ٠ ش ومعنى ذلك أن المستأنف عليه ووالده انتهز فرصة مواتية كانت حالة أ٠ش فيها كما وصفها شهود الاثبات وكتبا هذا العقد بقصد الاستغلال لا بقصد عقد صفقة عادية تكون عادة من مالك الأرض إلى مزارع لا من ناظر وقف إلى طالب٠ وحيث أنه مما يؤيد علم المستأنف عليه بحالة السفه والغفلة لدى أ٠ ش والرغبة فى استغلالها نفس صيغة العقد فقد حرر بعبارة عامة لم تذكر فيها حدود الأطيان المؤجرة كما جرت العادة وقد كتبت عبارة «الحدود معلومة للطرفين» فكأن المستأنف عليه يعرف المؤجر ويعرف حدود أطيانه ولا يرى داعياً لذكرها مع أنه لا يزال طالب علم وكأنه يعلم بظروف سفهه وغفلته وإلا لما كتب تعويضا كبيرا يزيد عن قيمة الصافى من الايجار بعد خصم الأموال فى حالة ما إذا أجرها للغير مع أن التعويض عن التأجير للغير شرط غير مألوف، ولئن علله المستأنف عليه بأن المؤجر اعتاد ذلك فهو بهذا يسلم ضمنا بأنه ملم بظروفه وأحواله وبحالة الغفلة والسفه، يؤجر مرتين عن ذات المدة، يتقاضى القليل ويكتب الكثير٠ يضاف إلى ذلك أن المستأنف عليه اشترط على المؤجر عند التأجير للغير لا رد المبلغ المقال بدفعه مقدما ولا دفع التعويض الجسيم الذى عليه وإنما خلق لنفسه حق امتياز ريع الوقف، وليس مألوفا أن يقبل مؤجر فى ظروف عادية خلق مثل هذا الحق، كما ليس مألوفا أن يحرر عقدا غريبا كهذا العقد قبل مدته بثلاث سنوات، وأن يدفع له مثل هذا التأمين الجسيم دون أن يوقع شاهد واحد عليه مما يهدم أقوال شهود النفى الذين زعموا وجودهم عند تحرير العقد إذ لو صحت أقوالهم لما أحجموا عن الشهادة عليه٠

ثانيا - ما شهد به أ٠ر من رؤية المستأنف عليه يتردد على منزل أ٠ش منذ كان طالبا وما شهد به شاهد الاثبات الرابع من أنه علم من ذات المستأنف ضده أن خطبة بين أخيه وبين ابنة أ٠ش قد عقدت قبل عقد الايجار ببضعة سنوات، ثم أوضح الحكم دلالة الأحكام المقدمة من ناظرة الوقف على قيام حالة السفه والغفلة بـ أ٠ش من قبل توقيع الحجر عليه وقال: «ومعنى ذلك أن حالة السفه والغفلة كانت قائمة بما لا يدع مجالا للشك فى وقت تحرير عقد الايجار موضوع الدعوى وأن أقوال الشهود فى هذا الصدد يطمأن إلى سلامتها وأن أمر سفه أ٠ش وغفلته كان ظاهراً للعيان تحدثت عنه الأحكام وأثيرت بشأنه المنازعات القضائية التى لم تكن بعيدة عن المستأنف عليه٠ وانتهى الحكم إلى

القول «وحيث أنه من كل ذلك يتبين أن عقد الايجار موضوع الدعوى الصادر من أ. ش بتاريخ ٨يونية سنة ١٩٢٥ وإن كان قد حرر قبل توقيع الحجر عليه إلا أنه صدر فى فترة قيام أسباب الحجر وأن المستأجر (الطاعن) أقدم على الاستئجار وهو عالم بقيام أسباب الحجر للسفه والغفلة لدى المتعاقد معه ومن ثم يكون هذا العقد باطلا».

ولما كان التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفيه قبل صدور قرار الحجر لا يكون - وفقا لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة فى ظل القانون المدنى الملغى وقننه المشرع فى الماد ١١٥ من القانون القائم - باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ، ويقصد بالاستغلال أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله، أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمل إلى التصرف فى أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب. ومن ثم فلا يكفى لإبطال التصرف أن يعلم المتصرف إليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه أو غفلة، بل يجب أن يثبت إلى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ بالمعنى السابق بيانه - كما أنه لا يكفى لتحقيق الاستغلال ما قرره الحكم من أن الطاعن أبرم مع أ.ش عقد الايجار بقصد الاستغلال، إذ أنه بفرض توفر هذا القصد لدى الطاعن فإنه لا يكفى بذاته لإبطال العقد بل يجب لذلك أن يثبت أن الطاعن استغل المؤجر فعلا وحصل من وراء عقد الايجار على فوائد أو ميزات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذى يتطلبه القانون. لما كان ما تقدم، وكانت الأسباب التى استند إليها الحكم فى ابطال عقد الايجار الصادر من أ.ش إلى الطاعن قبل صدور قرار الحجز وقبل طلب توقيع هذا الحجر بأكثر من سنة ونصف، هذه الأسباب ليس فيها ما من شأنه أن يؤدى عقلا إلى أن الطاعن حين أبرم هذا العقد كان متواطئا مع المؤجر أو أنه استغل حالة سفهه وغفلته وأثرى من أمواله عن طريق عقد الايجار الذى أبرمه معه. ولا ينتج فى اثبات الاستغلال ما استخلصه الحكم من أقوال أحد شهود الاثبات من أن الطاعن لم يدفع من مبلغ الثمانمائة جنيه الوارد ذكره فى العقد على أنه عاجل الأجرة - سوى مبلغ خمسمائة جنيه وأن الثلاثمائة جنيه الباقية خصمت نظير هدايا الخطبة، التى كان والد الطاعن يطالب المؤجر بقيمتها بسبب فسخ هذه الخطبة ولا ما ذكره الحكم من أن الطاعن اشترط فى العقد تعويضاً مبالغاً فيه فى حالة إخلال المؤجر بالتزامه وتأجيره الأطيان للغير، ولا ما قرره الحكم من أن الطاعن خلق لنفسه حق امتياز على ريع الوقف، كل هذا الذى ساقه الحكم غير منتج فى اثبات الاستغلال، ذلك أن الاتفاق على خصم دين فى ذمة المؤجر من معجل الأجرة نص عليه فى العقد لا يعتبر استغلالا إلا إذا كان هذا الدين غير محقق الوجود واحتال الطاعن على استيفائه عن طريق عقد الايجار الذى عقده مع المؤجر، وهو الأمر الذى لم يستظهره الحكم المطعون فيه أو يقيم الدليل عليه.

البند الثانى

الذمة المالية

٢٠٤ سبق أن أشرنا إلى أن الفرد يكتسب الشخصية القانونية منذ ولادته، وأن معنى ذلك قابليته لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام، وأن من الحقوق والالتزامات طائفة يمكن تقييمها اقتصاديا، وتسمى بالحقوق والالتزامات المالية كالحقوق العينية والحقوق الشخصية والجوانب المالية فى حقوق الملكية الفكرية.

ويتكون من مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ما يسمى بالذمة المالية.. وتتميز هذه الذمة بخصائص ثلاث:

١- أن الذمة المالية تعبير عن مجموع من العناصر ذات القيمة الاقتصادية، وبالتالى فهى لا تنصرف إلى ما قد يكون للشخص من حقوق سياسية أو حقوق عامة أو حقوق أسرة أو الجوانب الأدبية للحقوق الفكرية، بل ولا تنصرف الذمة المالية إلى ما قد ينشأ عن بعض هذه الحقوق من آثار غير مالية (حقوق الأسرة).

٢- ان الذمة تعبير عن مجموعة الحالة المالية للشخص بجانبيها الايجابى «الحقوق» والسلبى «الالتزامات»، وأن صلة لا تقبل الانفصال تربط بين هذين الجانبين: فمجموع الحقوق يعتبر ضمانا للوفاء بمجموع الالتزامات سواء حال الحياة أو بعد الوفاة. فحال حياة الشخص تعتبر أمواله «جميعها ضامنة لديونه» م ٢٣٤ مدنى. أما بعد الوفاة فلا تركة إلا بعد سداد الديون، وقد عبرت عن هذا المعنى المادة ٨٨٩ مدنى «بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى».

٣- أن الذمة المالية لا تختلط بالمفردات المكونة لها، فهى أشبه بالوعاء أو الاطار الذى تصب فيه هذه المفردات دون أن يتأثر فى وجوده بحالة هذه المفردات. فقد لا يكون للشخص حقوق، وقد لا تكون عليه التزامات، وقد تزيد حقوقه عن التزاماته أو العكس، ومع ذلك لا يتأثر وجود ذمته المالية بأى من هذه الحالات. فالذمة المالية هى - على حد تعبير البعض - فكرة تتجرد عن محتوياتها.. ويترتب على هذا المعنى الأخير نتيجة هامة، بالنسبة للضمان العام الذى يتقرر للدائنين على أموال مدينهم، وهى حرية الشخص رغم مديونيته فى التصرف دون اعتراض من جانب الدائنين، ذلك أن الضمان المقرر لهم إنما يرد على مجموع الذمة المالية التى لا تتأثر فى وجودها بدخول الأموال إليها أو خروجها منها، وأن ما يهم الدائن هو حالة الذمة المالية وقت استيفائه لحقه.

ويعد ترتيب هذه النتيجة أمراً لازما لكفالة حق المدين فى التصرف فى أمواله ولكفالة الاستقرار للمعاملات، إذ لو قلنا بعكس ذلك لأصبح المدين مشلولا عن التصرف فى أمواله لمجرد وجود دين فى ذمته ولأصبح التعامل بين الناس مشوبا بالحذر المبالغ فيه مما يضر بالاستقرار الواجب فى المعاملات.

مخاطر فكرة الضمان العام ووسائل تفاديها:

٢٠٥- يمثل الضمان العام على الوجه السالف بيانه مخاطر شتى بالنسبة للدائنين. فقد أشرنا إلى أن الضمان العام لا يرد على مفردات الذمة المالية بل على الذمة المالية ككل، وأن المدين يستطيع بالتالى أن يتصرف فى مفردات ذمته الواحد تلو الآخر، دون أن يستطيع الدائن أن يعترض على ذلك. وقد يصل الأمر نتيجة لهذا المبدأ إلى حد مفاجأة الدائن وقت الوفاء بذمة مدينه خاوية. وقد حاول التنظيم القانونى أن يحد من مساوئ هذا الوضع بوسائل عدة أهمها ثلاث:

أولا: الدعوى غير المباشرة:

قد يكون للمدين حقوق قبل الغير ثم يتقاعس عن المطالبة بها مما يؤدى إلى اعساره أو زيادة اعساره، وقد أعطى المشرع للدائن سلطة استعمال حقوق مدينه نيابة عنه عن طريق ما يسمى بالدعوى غير المباشرة. ويترتب على نجاح الدائن فى المطالبة بحقوق مدينه دخول هذه الحقوق إلى ذمة هذا المدين بحيث تكون ضمانا للوفاء بجميع ديونه.

ويشترط القانون «مواد ٢٣٥، ٢٣٦ مدنى» لاستخدام الدعوى غير المباشرة شرطين:

الأول: أن يؤدى اهمال المدين إلى اعساره أو زيادة اعساره.

الثانى: ألا يكون الحق القائم فى ذمة الغير متصلا بشخص المدين أو غير قابل للحجز عليه، ففى هذه الحالة الأولى لا يجوز لغير المدين أن يستعمل الحق اللصيق بالشخصية، وفى الحالة الثانية لن يستفيد الدائن شيئا من عودة المال إلى ذمة مدينه.

ثانيا: دعوى عدم نفاذ التصرف أو الدعوى البوليصية (م ٢٣٧ ومابعدها):

وهى دعوى يرفعها الدائن بغرض حماية نفسه من تصرفات مدينه سئ النية. فإذا تصرف المدين فى مال من أمواله وترتب على هذا التصرف اعسار المدين أو زيادة اعساره، كان من حق الدائن أن يرفع دعوى يطالب فيها بالحكم له بعدم نفاذ تصرف المدين فى حقه، فإذا قضى له بذلك اعتبر المال وكأنه لم يخرج من ذمة المدين، بحيث يستطيع الدائن أن يحجز عليه وأن يستوفى دينه من ثمنه. وقد فرق القانون بالنسبة لشروط نجاح هذه الدعوى بين حالة ما إذا كان التصرف معاوضة أو تبرعا.

فإذا كان التصرف معاوضة تعين للحكم بعدم نفاذ التصرف توافر ثلاثة شروط:

الأول: أن يترتب على التصرف الانتقاص من حقوق المدين أو زيادة التزاماته بحيث يؤدى ذلك إلى اعساره أو زيادة اعساره (م ٢٣٧ مدنى).

الثاني: أن يكون من صدر له التصرف على علم بغش المدين، ويكفى لاعتباره كذلك علمه بأن المدين معسر (م ٢٣٨ مدنى).

أما إذا كان التصرف تبرعاً فيكفى لعدم نفاذ التصرف فى حق الدائن أن يؤدى هذا التصرف إلى اعسار المدين أو زيادة اعساره (م ٢٣٨).

ثالثا - الحصول على حق عينى تبعى:

تعتبر الوسائل السابقة غير مضمونة النتائج فى جميع الأحوال ذلك أنها تقتضى توافر شروط معينة. كما أنها تقتضى من المدين الماما بحالة مدينه المالية وعلاقاته بالغير. كما أن الدائن يظل مهدداً دائماً بتزاحم الدائنين وعدم كفاية أموال مدينه للوفاء بحقوقهم، فيضطر نزولا على مبدأ المساواة إلى الاشتراك مع غيره فى قسمة هذه الأموال قسمة غرماء. لذلك كانت أنجع الوسائل هى الحصول على حق عينى تبعى (رهن رسمى - رهن حيازى - حق اختصاص... الخ) يضمن للدائن الحصول على حقه بالأفضلية على غيره من الدائنين. وقد سبق أن تعرضنا لهذه الفكرة فى مقام دراستنا لأنواع الحقوق المالية (راجع ما سبق).

المبحث الثانى

الشخصية القانونية الاعتبارية

la personnalite morale

٢٠٦- أشرنا إلى أن الشخصية القانونية تعبير عن الصلاحية لممارسة الحياة القانونية وذلك بالقدرة على اكتساب الحق والتحمل بالالتزام والقدرة على أداء التصرفات القانونية المؤدية إلى تلك النتيجة. كما أشرنا إلى أن الإنسان يتمتع، بوصفه مركزاً للنشاط الاقتصادى والاجتماعى والسياسى فى المجتمع، بالشخصية القانونية، وأن هذه الحقيقة حتمية لا مجال للنقاش فيها فى الوقت الحاضر.

غير أن تطور وتعقد نشاط الإنسان فى العصر الحديث قد كشف عن ضرورة اسباغ الشخصية القانونية، وما يلازمها من صلاحيات، على كائنات أخرى غير الشخص الطبيعى. فقد يتكتل جمع من الأفراد للقيام بنشاط معين، وقد ترصد مجموعة من الأموال لتحقيق هدف محدد، ثم يرغب القائمون بالنشاط فى الفرض الأول، أو أصحاب الأموال فى الفرض الثانى، فى أن يكون لنشاطهم كيانا مستقلا يمارس حياة قانونية مستقلة عنهم بحيث يكون له اسم وموطن وذمة مالية استقلالا عن الأشخاص المكونين له. وكان لابد أن يستجيب الفن القانونى لهذه الحاجة فوجد فى الشخصية الاعتبارية وسيلة إلى اعطاء الدولة وهيئاتها العامة والشركات والجمعيات والمؤسسات صفة الوحدات المستقلة التى تمارس حياة قانونية مستقلة[1].

---

(١) ومن نتائج الاعتراف بالشخصية الاعتبارية أن يكون للشخص الاعتبارى اسم وموطن، وجنسية أحياناً.

ولايضاح هذه الفكرة نعطى المثال التالى: لو افترضنا أن مجموعة من الأشخاص اتفقوا على انشاء جميعة لتحقيق أغراض معينة. فماذا يعنى عدم الاعتراف لها بالشخصية القانونية وماذا يعنى الاعتراف لها بهذه الشخصية؟

فى حالة عدم الاعتراف: لن يكون للتجمع المذكور أى وجود قانونى مستقل عن الأفراد المكونين له، فلن يستطيع اكتساب الحقوق أو التحمل بالالتزامات بصفة مستقلة، وإذا قام التجمع بتخصيص بعض الأموال لتحقيق الهدف الذى يسعون إليه فإن هذه الأموال تصبح مملوكة لهم جميعا ملكية مشتركة، وإذا رغب هؤلاء فى التصرف فى هذه الأموال فلابد من اتفاقهم جميعا على ذلك، وإذا أنابوا عنهم غيرهم فإن آثار تصرف النائب تنصرف إليهم شخصياً.

أما لو اعترفنا للتجمع بالشخصية القانونية فإن معنى ذلك أن يكون للتجمع وجود مستقل عن الأفراد المكونين له، وأن يمارس حياة قانونية خاصة به بحيث يستطيع اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات التى تنصب مباشرة في ذمته المالية المستقلة. ويترتب على ذلك أن الأموال التى تخصص لتحقيق أغراض التجمع تسند ملكيتها إليه مباشرة ولا علاقة لأفراده بها، كما يسأل التجمع عن ديونه دون ما مسئولية على جانب الأفراد - إلا إذا كانوا قد تعهدوا صراحة بضمان ديون الشخص المعنوى - كما أن التصرفات التى تبرم بمناسبة نشاط الشخص المعنوى تجرى باسمه دون حاجة إلى موافقة الأعضاء.

ومعنى كل ما سبق أن يكون للشخص المعنوى اسم وموطن وذمة مالية وصلاحية لممارسة الحياة القانونية كما سبق أن أشرنا، كما يكون له أن يُقَاضِي ويُقَاضَى باسمه الخاص.

غير أن التسليم بالشخصية الاعتبارية قد أثار كثيراً من الجدل حول تحديد طبيعتها القانونية، ذلك أن فى مفهوم الفقه أن الشخصية القانونية من لوازم الشخصية الإنسانية. فكيف يمكن اسباغها على غيرها؟

النظريات التى قيلت حول طبيعة الشخصية الاعتبارية:

أولا - نظرية الحيلة أو الافتراض:

٢٠٧- تذهب هذه النظرية إلى أن الإرادة الإنسانية هى ضرورة لازمة لاكتساب الحقوق وممارستها، وبالتالى فإن الشخص الطبيعى هو الكيان الوحيد الذى يملك هذه الإرادة، وبالتالى فإن هذا الشخص وحده هو الذى يمكن أن يكتسب الحق وأن يمارسه، وأن فكرة الشخص المعنوى ما هى بالتالى إلا حيلة توصل إليها الفن القانونى لتمكين مجموعة من الأشخاص أو الأموال من ممارسة حياة قانونية مستقلة. فهى وسيلة صناعية من خلق القانون ولا تمثل بحال أية حقيقة واقعية. والحقيقة الواقعية الوحيدة هى حقيقة شخصيات الأفراد المشتركين فى تكوين الشخص المعنوى أو المنشئين له. وليس معنى ذلك أن هذه النظرية تنكر أو تعادى فكرة الشخصية الاعتبارية ولكنها تنتهى فقط إلى أن هذه النظرية بوصفها خلقاً صناعياً لا يمكن أن توجد إلا إذا أقرها المشرع وفى الحدود التى يرسمها لها. وبالتالى فالأصل أن تجمع الأشخاص أو الأموال لا يتمتع بأية صلاحيات قانونية والاستثناء أنه يتمتع بهذه الصلاحيات بناء على نصوص قانونية صريحة أو ضمنية وأن صلاحياتها لا تتجاوز الحدود التى ترسمها لها النصوص القانونية.

وقد اعتنق هذه النظرية أغلب الفقه فى مطلع القرن التاسع عشر، ولكن تطور الحياة الاقتصادية والصناعية والاجتماعية، وما عاصره من تطور النظام

الرأسمالى، قد أديا إلى تكاثر الأشخاص الاعتبارية كالشركات الضخمة والجمعيات والنقابات. وقد اتخذت هذه الأشخاص أهمية بالغة فى النشاط الاقتصادى والاجتماعى، مما دعا إلى انتقاد نظرية الافتراض، خاصة وأنها تؤدى إلى الحد من صلاحيات الشخص المعنوى وتجعل من هذه الصلاحيات استثناء لا يتقرر إلا بتدخل المشرع. وبالتالى فإن من الخطورة أن يتوقف خلق الشخص الاعتبارى على إرادة الدولة التى تستطيع أن تسمح به، أو أن تقرر الغاء والقضاء عليه، أو أن تحد من صلاحياته بموجب نصوص قانونية. فكل ذلك يؤدى إلى احتمال حرمان هذه التجمعات من حرية الحركة والنشاط فضلا عن حرية التعبير، وهو ما يهدد مؤسسات وهيئات المجتمع المدنى.

وبدء من هذا النقد ظهرت نظرية تقول إن الشخصية الاعتبارية حقيقة وليست افتراضاً.

ثانيا - نظرية الحقيقة:

٢٠٨- وتذهب هذه النظرية إلى أن الشخصية الاعتبارية ليست افتراضا خلقه المشرع، بل هى حقيقة واقعية واجتماعية لها وجود مستقل عن شخصيات الأعضاء المكونين لها، لأن الشخص الاعتبارى يعبر عن إرادة جمعية متميزة عن إرادات الأفراد المكونين له. ويعزز ذلك علم الاجتماع بما يسمى الوعى الجمعى الذى طوره «دوركايم» عالم الاجتماع المعروف. فالمشرع لا يخلق الشخص الاعتبارى بل يقتصر دوره على اقرار وجوده كما يفعل بالنسبة للأشخاص الطبيعيين.

وقد عيب على هذه النظرية أنها تجاوز الحدود المقبولة فى تقدير الشخصية الاعتبارية. ،وتقييد حرية المشرع فى مواجهتها بحيث يقتصر دوره على الاعتراف بها. بل إن النظرية تذهب إلى أن هذه الشخصية توجد بغض النظر عن

اعتراف القانون. ولا شك أن المصلحة العامة لا تقر هذا المنطق، إذ يلزم أن يكون للمشرع دور أساسي في انشاء الشخص الاعتباري وفي تنظيم نشاطه، والنقاش قد يثور حول مدى سيطرة المشرع على هذا التنظيم وليس حول قدرته على الاعتراف أو عدم الاعتراف بوجود الشخصية الاعتبارية، وفي كل ذلك تجاوز غير محدود.

ثالثا - نظرية الملكية المشتركة:

٢٠٩- تنكر هذه النظرية وجود شخص معنوي مستقل عن الأشخاص الطبيعيين، وتعتبر أن الشخصية المعنوية احتيال ليس هناك ما يدعو إليه، فضلا عن عدم فائدته. وتدعو هذه النظرية إلى استبدال فكرة الشخص المعنوي بفكرة الملكية المشتركة[١]. فحين يقال شخص معنوي يقصد بذلك أن هناك مجموعة من الأموال التي لا تخضع لنظام الملكية الفردية، أي أن هناك مجموعة أشخاص طبيعيين يملكون الأموال المخصصة لتحقيق الهدف المشترك ملكية شائعة، وبالتالي فإن ما يزعم أنه شخص اعتباري ليس سوى ملكية مشتركة. فأموال الشخص الاعتباري ليست مملوكة له متميزاً ومستقلا بل هي مملوكة لأعضائه.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد من عدة نواح، منها أنها تصورت أن الشخص المعنوي يمثل تجمعاً من الأموال، وأن المشكلة الرئيسية هي في تكييف اسناد هذه الأموال للأشخاص الطبيعيين المشتركين في التجمع. ولا شك أن هذا التصوير خاطئ من زاويتين:

---

(١) بلانيول: مطول القانون المدني، الطبعة الأولى، الطبعة الأولى، جزء أول، رقم ٣٠١٦.

الأولى: أن الشخص المعنوى قد لا يستند إلى تجمع من الأموال بل يقتصر على تحقيق أهداف خيرية أو ثقافية دون الاستعانة بالمال (الجمعيات الخيرية والثقافية والدينية) وبالتالى لا مجال فيها للحديث عن ملكية مشتركة أو شائعة.

والثانية: أنه حتى فى الحالات التى يمثل فيها الشخص المعنوى تجمعا من الأموال، فإن نظام الملكية المشتركة أو الشائعة لا يستقيم مع مقتضيات تسيير الشخص المعنوى وإدارة نشاطه؟ ذلك أن المال الشائع لابد لإدارته من اجماع الشركاء أو أغلبيتهم (حسب النظام القانونى السائد)، كما أن لكل شريك أن يطلب القسمة فى أية لحظة.

وهاتان النتيجتان لا تتفقا ومقتضيات تنظيم وتسيير الشخص المعنوى كما تدعو إليه الضرورات الاقتصادية والاجتماعية.

رابعا: تعقيب: الشخصية الاعتبارية مجرد وسيلة فنية:

٢١- يبدو أن بعض النظريات السابقة قد بدأت أفكارها من نقطة معينة، وهى أن الشخصية القانونية حكر على الإنسان الطبيعى، وبالتالى اعتبروا أن مدها إلى نطاقات أخرى يعتبر خروجاً على الوضع الطبيعى ويحتاج نتيجة لذلك إلى تبريرات قوية.

والأقرب للصواب، فى رأينا، هو أن فكرة الشخصية القانونية هى فى حد ذاتها وسيلة قانونية وفنية للتعبير عن وضع قانونى معين. وهى بالنسبة للإنسان تعبير عن مظاهر ونتائج انخراطه فى جماعة منظمة من الناحية القانونية. فحين يقال إن القانون قد وجد لتنظيم الحياة فى الجماعة البشرية، فإن هذا القول يؤدى إلى حتمية الاعتراف لأفراد الجماعة بالصلاحية لممارسة الحياة

القانونية (اكتساب الحق والتحمل بالالتزام والقدرة على التصرف القانونى) . ولقد سبق أن أشرنا إلى أن بعض الشعوب كانت تحرم بعض أفرادها من الشخصية القانونية (نظامى الرقيق والموت المدنى فى القانون الرومانى) مما يؤكد أن الحتمية المشار إليها ليست حتمية تمليها الطبيعة، بل هى حتمية يتحدد مداها على ضوء الموقف الفلسفى والتشريعى تجاه أهمية الإنسان ومدى احترام شخصيته فى مواجهة التنظيم القانونى.

فإذا سلمنا بأن الشخصية القانونية عموما ما هى إلا مجرد وسيلة فنية للتعبير عن صلاحيات قانونية معينة، أمكن القول أن مبدأ مدها إلى غير الإنسان لا يثير عقبات ذات شأن، وأن المسألة تعود إلى التطور وإلى حاجات المجتمع، فإذا قدر النظام القانونى أن يعترف لتجمع الأموال والأشخاص بالشخصية القانونية، بحيث يكون لهذا التجمع وجوده المستقل وحياته القانونية المستقلة، كان له أن يفعل ذلك، وأن يرسم الحدود التى يسمح فيها للتجمع باكتساب الشخصية.

ويجدر بالملاحظة أن القول بأن الشخصية القانونية عموماً هى وسيلة فنية سواء بالنسبة للشخص الطبيعى، أو بالنسبة لغيره من التجمعات، لا يعنى تمتع الشخص المعنوى بكافة الحقوق والصلاحيات التى يتمتع بها الشخص الطبيعى. فالإنسان بصفته الإنسانية يتمتع بحقوق لا تجوز لغيره من الكائنات كالحقوق اللصيقة بالشخصية، وحقوق الأسرة، والحقوق السياسية، كما أنه بوصفه مركزاً للتنظيم الاجتماعى يمارس من الأنشطة ما لا ينحصر فى حدود معينة (اللهم سوى التقيد بحدود النظام العام والآداب العامة) . أما الشخص الاعتبارى فإنه ينشأ أساساً بقصد تحقيق هدف معين، ومن المنطقى أن تنحصر صلاحيته القانونية فى الحدود اللازمة لهذا الغرض. بل إن المشرع قد يمنعه

صراحة من ممارسة وجه معين من أوجه النشاط إذا قدر عدم لزومه تحقيقاً لأغراض الشخص المعنوى أو خطورته على الصالح العام.

وأخيراً، ونظرا لأن الشخص المعنوى كوحدة مستقلة ليست له إرادة حقيقية تمكنه من التصرف لذاته بذاته، كان لابد أن يمثله فى ممارسة النشاط القانونى شخص طبيعى، على أن تنصرف آثار التصرفات والأعمال القانونية التى يؤديها هذا الممثل إلى الشخص الاعتبارى مباشرة.

أنواع الأشخاص الاعتبارية:

٢١١- نصت المادة ٥٢ من القانون المدنى على أن الأشخاص الاعتبارية هى:

١- الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

٢- الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية.

٣- الأوقاف.

٤- الشركات التجارية والمدنية.

٥- الجمعيات والمؤسسات والمنشآت وفقاً للأحكام التى سيأتى بيانها.

٦- كل مجموعة من الأشخاص والأموال التى تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص القانون.

ويقسم الفقه هذه الطوائف إلى فئتين، الأولى تشمل الأشخاص الاعتبارية العامة، وهى الدولة والأشخاص المنصوص عليها فى الفقرة (١) و(٢) من المادة

٥٢ مدنى، وتخضع هذه الأشخاص لأحكام القانون العام. والثانية وتشمل الأشخاص الاعتبارية الخاصة وهى الأشخاص المنصوص عليها فى الفقرات ٣، ٤، ٥، ٦ من المادة المشار إليها، وتخضع لأحكام القانون الخاص.

اكتساب الشخصية الاعتبارية:

٢١٢- لابد، وفقا للقانون المصرى، من تدخل المشرع لكى يكتسب أى تجمع الشخصية القانونية الاعتبارية، ويتخذ هذا التدخل إحدى صورتين: **الأولى: الاعتراف العام، والثانية: الاعتراف الخاص.** ويتحقق الاعتراف العام حيث يضع المشرع شروطا عامة ومسبقة يؤدى توافرها إلى اكتساب الشخصية القانوية دون تدخل خاص من جانب المشرع.

أما الاعتراف الخاص فمعناه أن المشرع يستلزم صدور ترخيص خاص فى كل حالة على حدة، بحيث لا تكتسب الشخصية القانونية لتجمع معين إلا بصدور الترخيص. وقد اعتبر المشرع المصرى من الاعتراف العام القاعدة بالنسبة للدولة والمحافظات والمدن والقرى والأوقاف والشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة، وفيما عدا ذلك يلزم صدور ترخيص خاص.

انقضاء الشخصية الاعتبارية:

٢١٣- قد ينقضى الشخص الاعتبارى انقضاء اختيارياً، وقد ينقضى انقضاء اجبارياً، وقد ينقضى انقضاء طبيعياً.

ويتم **الانقضاء الاختيارى** بناء على اتفاق جميع الأعضاء المشتركين فى تكوين الشخص الاعتبارى أو أغلبيتهم (حسب ما يحدده القانون أو النظام المنشئ) على انهاء وجوده.

أما **الانقضاء الاجبارى** فيتم بإجراء من جانب سلطات الدولة التشريعية أو التنفيذية أو الإدارية أو القضائية.

وأخيراً قد يكون **الانقضاء طبيعياً**، وذلك بانتهاء الأجل المحدد للشخص الاعتبارى أو باستنفاد أو استحالة الغرض الذى أنشئ الشخص من أجله، أو بموت الأفراد المكونين له (بالنسبة لتجمع الأشخاص) أو المنتفعين بخدماته (بالنسبة لتجمع الأموال).

صور الأشخاص الاعتبارية:

أولا : الأشخاص الاعتبارية العامة:

- تعتبر الدولة الشخص الاعتبارى العام الأول، والأكثر أهمية، وهى تتكون من اقليم وشعب وسيادة، وتتولى الدولة ممثلة فى سلطاتها الثلاث الهيمنة على مقاليد الإدارة والسياسة والاقتصاد... على إقليمها. ويمثلها رئيس الدولة من الناحية القانونية والدستورية، حيث ترفع عليه بصفته الدعاوى وتوجه إليه الانذارات والمطالبات القانونية بوصفه ممثلا للدولة. وفى مصر توجه الاعلانات الخاصة بالدولة - وكذلك الهيئات العامة - إلى هيئة قضايا الدولة التى تتولى الدفاع عن هذه الأشخاص العامة.

وإلى جانب الدولة توجد أشخاص اعتبارية عامة أخرى هى **من ناحية أولى** الأشخاص الاعتبارية الاقليمية التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية (م٥٢/١ من القانون المدنى) ومنها، المحافظات، والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون. ويتولى كل شخص من هذه الأشخاص قطاعا من نشاطات الدولة كجزء من الترتيب الإدارى لممارسة نشاط الدولة. وهذه الأشخاص لا يحتاج قيامها إلى اعتراف خاص من جانب الدولة بل تقوم بمجرد توافر الشروط القانونية العامة لقيامها. **ومن ناحية ثانية:** أشارت الفقرة الأولى من المادة ٥٢ من القانون المدنى إلى الإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة، فى سياق عرضها للأشخاص الاعتبارية. وهذا النوع الثانى لا يقوم إلا باعتراف

خاص. وتتميز هذه الأشخاص بأنها تمارس نشاطا نوعياً محدداً بمرفق بذاته تتولى إدارته على نحو مستقل عن الدولة وعن الأشخاص الاعتبارية الإقليمية السالف ذكرها. وقد كانت هذه الأشخاص المرفقية العامة مقصورة على الهيئات العامة التى تدير مرافق يغلب عليها الطابع الإدارى مثل الجامعات، ودار الكتب، والبريد، والاذاعة والتلفزيون. غير أن تزايد تدخل الدولة فى الأنشطة الاقتصادية وتزايد حركة التأميم – فى ظل ما قيل أنه اشتراكية الثورة – أدى إلى تضخم حجم المؤسسات الاقتصادية التى تتولاها الدولة، وأدى إلى تزايد الجدل حول اعتبار هذه المؤسسات الاقتصادية من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص، وما يرتبط بذلك من تحديد القضاء المختص بمنازعاتها والقانون الواجب التطبيق عليها (وقد تطورت قوانين هذه الأنشطة من قوانين المؤسسات العامة، مروراً بقوانين القطاع العام، وانتهاء بقانون قطاع الأعمال).

ومن ناحية ثالثة: أثير ذات الجدل السابق بالنسبة لبعض المرافق المهنية، مثل النقابات المختلفة (نقابات المحامين والمهندسين والتجاريين... الخ) وهى هيئات تقوم على شئون مهنة معينة، يصدر بتنظيمها قانون يحدد مهامها والعضوية فيها، ويخولها بعض اختصاصات السلطة العامة مثل التأديب وفرض رسوم اشتراك. والرأى الغالب أن مثل هذه الهيئات يغلب عليها الوصف العام، بما يترتب عليه من نتائج قانونية متعددة،وهو ما أقره قضاء مجلس الدولة[١].

---

(١) اعتبرت المادة ٥٢ مدنى/٢ من الأشخاص الاعتبارية الهيئات والطوائف الدينية. وهذه الأشخاص تخضع للاعتراف الخاص بكل منها ومن تاريخ هذا الاعتراف تكتسب الشخصية الاعتبارية. وقد ثار التساؤل – بمناسبة الطعن فى قرارات بعض هذه الهيئات – وهل هى من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص. والأصل أن هذه الهيئات (مثلا طائفة الأقباط الأرثوذكس) تقوم بخدمات وتتمتع بسلطات هى فى الأصل من اختصاص الدولة، وبالتالى فهى شخص من أشخاص القانون العام تمارس اختصاصا اداريا ذا نفع عام وتخضع=

ثانيا: الأشخاص الاعتبارية الخاصة:

١- الشركات:

الشركة هى تنظيم قانونى تعاقدى يرتكز على عنصر الاستمرار والتنظيم بقصد تحقيق غرض مشترك لأعضاء الشركة. وتنقسم الشركات إلى شركات مدنية وشركات تجارية(٢). ووفقاً لمعيار مهجور فى القانون المصرى يقوم هذا التقسيم من منطلق غرض الشركة، حيث تعتبر الشركة تجارية إذا كان غرضها تجاريا، وتعتبر مدنية إذا كان غرضها مدنيا. غير أن المشرع المصرى فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تبنى معياراً شكلياً للتفرقة، هو أن **الشركة تكتسب الصفة التجارية إذا اتخذت شكل شركة تضامن أو توصية بسيطة أو المساهمة أو التوصية بالأسهم أو ذات مسئولية محدودة، وذلك بغض النظر عن غرض الشركة.** وقد نصت المادة العاشرة من القانون المذكور على أن يكون تاجراً كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذى أنشئت من أجله(٢). والمحصلة الرئيسية لهذا المفهوم أن الشركة المدنية لا يمكن أن تقوم إلا إذا اتخذت صورة واحدة فقط وهى صورة شركة المحاصة(٣). (ومن أمثلة الشركات المدنية الشركة التى تقوم بين

= لاشراف الحكومة. لذلك فإن أعمالها الإدارية تخضع لرقابة القضاء الإدارى أما الأعمال الدينية التي يصدرها الرئيس الديني بصفته الرئيس الروحي للطائفة (كإبطال انضمام شخص للطائفة) فليست قرارات إدارية ولا يجوز الطعن فيها بالالغاء أمام مجلس الدولة (راجع أحكام القضاء الإدارى ٦ أبريل ١٩٥٤ س ٨ ص ١١٧١، و١٧ نوفمبر ١٩٥٤ س٩ ص٣١).

(١) لا تنشأ الشركة إلا بموجب عقد مكتوب.

(٢) راجع محمد فريد العريني، القانون التجارى، ٢٠٠١، دار المطبوعات الجامعية، ص ١٤ و١٥ و١٦.

(٣) وما يميز شركة المحاصة هو انعدام شخصيتها القانونية، إذ ليس لها كيان ذاتى، وليس لها رأس مال ولا عنوان ولا ذمة مستقلة عن ذمم أعضائها ولا موطن ولا جنسية، ولا يتصور بالتالى شهر افلاسها، ولا تخضع لإجراءات القيد فى السجل التجارى (راجع م ٥٩ من القانون التجارى).

بعض أبناء مهنة حرة لممارسة هذه المهنة، في صورة شركة، كالمحامين أو التجاريين... الخ).

وتنقسيم الشركات التجارية إلى شركات **أشخاص** وشركات **أموال**. **وشركات الأشخاص** تقوم على الاعتبار الشخصي، حيث تكون لشخصية الشريك أهمية في قيامها واستمرارها، وأهم أمثلتها شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة. أما **شركات الأموال** فهي تعتمد في قيامها بصفة أساسية على الاعتبار المالي، على نحو يقدم فيه كل شريك حصة في رأس المال. والصورة الهامة لهذه الشركات هي شركة المساهمة. ومن الشركات ما يجمع بين الاعتبار المالي والاعتبار الشخصي، وهي شركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسئولية المحدودة.

وتكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية منذ تكوينها وفقا للمادة ٥٠٦ من القانون المدني ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقررها القانون». غير أن هذا الحكم يتعلق بالشركات المدنية، وفق مفهوم القانون المدني. أما في اطار الشركات التجارية فقد تطلب القانون شهر الشركة (فيما عدا شركة المحاصة) طبقاً للإجراءات والأوضاع التي حددها المشرع، فإذا لم يتم ذلك، كان الجزاء هو البطلان، فضلا عن أن المشرع علق اكتساب الشخصية الاعتبارية بالنسبة لبعض الشركات على إجراء الشهر[1].

---

(١) الشركات التي تؤسس وفقاً للقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ تكتسب الشخصية الاعتبارية بعد مرور ١٥ يوماً من تاريخ قيدها في السجل التجاري، أما الشركات التي لا تخضع في تأسيسها لهذا القانون فتكتسب شخصيتها المعنوية منذ تأسيسها تأسيساً صحيحاً، مثل الشركات التي تعمل في مجال الاستثمار والشركات العاملة في مجال الأوراق المالية.

وتنقضى الشركة عموما بانقضاء الأجل المحدد لها أو بتصفيتها أو بحلها بحكم قضائى. وفى شركات الأشخاص تنقضى الشركة فضلا عما سبق بوفاة أحد الشركاء أو افلاسه أو اعساره، ما لم يتفق على غير ذلك.

٢- الجمعيات والمؤسسات الأهلية (القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢):

صدر هذا القانون فى ٥ يونيو سنة ٢٠٠٢ ونشر فى الجريدة الرسمية فى ذات التاريخ ليعمل به من اليوم التالى لنشره، لينظم قيام ونشاط هذه الجمعيات والمؤسسات. ونظم فى الباب الأول الجمعيات الأهلية وفى الباب الثانى المؤسسات الأهلية، على أن تسرى عليها فيما لم يرد بشأنه نص فى هذا الباب الأحكام المقررة فى شأن الجمعيات.

وقد اعتبر القانون **الجمعية** كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة، تتألف من أشخاص اعتبارية أو طبيعية أو منهما معاً، لا يقل عددهم فى جميع الأحوال عن عشرة وذلك لغرض غير الحصول على ربح مادى (م١) ويجب أن يكون لها نظام أساسى مكتوب (م ٢) ولا يجوز أن يشترك فى تأسيسها من حكم عليه بحكم نهائى بعقوبة جناية أو بعقوبة مقيدة للحرية فى جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يرد له اعتباره. وتلتزم الجهة الإدارية بقيد ملخص النظام الأساسى فى السجل الخاص بذلك خلال ستين يوما من تقديم الطلب وإلا اعتبر القيد واقعا بقوة القانون. وتثبت الشخصية للجمعية بحدوث القيد أو بمضى المدة المذكورة (م ٦) ويجوز حل الجمعية بقرار من الجمعية العمومية ويجب أن يتضمن القرار تعيين مصفى (م ٤١) كما يصدر قرار الحل مسببا من وزير الشئون الاجتماعية في الأحوال الواردة فى المادة ٤٢ من القانون. **ويكون الطعن فى قرار الحل أمام مجلس الدولة** (م ٤٢). وتكون الجمعية ذات نفع عام باضفاء هذا الوصف عليها بقرار جمهورى، ويلغى هذا

الوصف أيضا بقرار جمهورى. **أما المؤسسة الأهلية** فهى تلك التى تنشأ بتخصيص مال معين لتحقيق غرض غير الربح المادى، لمدة معينة أو غير معينة ويكون انشاؤها بمؤسس واحد أو أكثر، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً (م٥٧). وأخيراً نظم القانون انشاء الاتحادات النوعية والإقليمية والاتحاد العام، وصندوق اعانة الجمعيات والمؤسسات الأهلية فى الأبواب الثالث والرابع. كما حدد الباب الخامس العقوبات التى تطبق على من يرتكب المخالفات القانونية الواردة في المادة ٧٦ من القانون ٨٤ لسنة ٢٠٠٢.

وقد أعطى القانون ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ للجهة الإدارية سلطات واسعة فى مراقبة الجمعيات والمؤسسات الأهلية، ومنها سلطة حل الجمعية أو المؤسسة الأهلية. وقد أثارت نصوص هذا القانون جدلا ونقداً واسعاً بين صفوف المدافعين عن مؤسسات المجتمع المدنى[١].

٣- الوقف:

الوقف نظام مأخوذ عن الشريعة الإسلامية، ويقوم على حبس عين أو مجموعة من الأعيان عن ملك العباد، وتخصيص منفعتها، بصفة مؤقتة أو مؤبدة على جهة من جهات البر[٢] ابتداء أو انتهاء. وقد آل الجدل حول امكانية الاعتراف للوقف بالشخصية الاعتبارية إلى إقرار ذلك فى القضاء المصرى منذ أوائل القرن العشرين[٣]، ثم أضفى عليه القانون المدنى هذه الصفة فى الفقرة

---

(١) تعتبر الاتحادات أيضا من الأشخاص الاعتبارية ومنها ما نظمه قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ فى الباب الثالث منه.

(٢) بعد الغاء الأوقاف الأهلية لم يبق سوى الوقف الخيرى.

(٣) راجع: حسن كيره، السابق، رقم ٢٦٥.

الثالثة من المادة ٥٢ سالفة الذكر. وقد نظم المشرع المصرى أحكام الوقف بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦. ويتفق اضفاء الشخصية الاعتبارية على الوقف مع الأحكام الخاصة به والتى تتمثل فى استقلال الوقف عن شخص الواقف، وعن أشخاص المستفيدين، فضلا عن أن ناظر الوقف هو نائب عن الوقف ذاته وليس عن الواقف أو غيره.

وتبدأ شخصية الوقف منذ تكوينه دون حاجة إلى اعتراف خاص، وتنتهى بانتهاء مدته إن كان موقوتاً بأجل معين، أو بانقراض الموقوف عليهم (فى الوقف الأهلى الملغى)، كما تنتهى شخصية الوقف بحكم قضائى إذا خربت أعيانه واستحالت عمارتها أو استبدال غيرها بها.

الفصل الثانى

محـــل الحـــق

تمهيد وتقسيم:

٢١٤- تقدم أن الحق يستند فى وجوده إلى شخص يكون صاحباً له، وأن الشخص فى لغة القانون قد يكون شخصاً طبيعياً من خلق الطبيعة وقد يكون شخصاً اعتبارياً أو معنوياً من خلق الفكر والتصور. غير أن القول بثبوت حق ما للشخص يعتبر لغوا لا معنى له إذا لم يكن لهذا الحق محل يرد عليه. وهذا المحل هو القيمة التى يرد عليها الحق ويستأثر بها صاحبه، دون غيره من الأشخاص، بمقتضى القانون. وهذه القيمة قد تكون عملا من الأعمال كما هو الحال فى الحق الشخصى، وقد تكون شيئا معيناً كما هو الحال فى الحق العينى. والشئ قد يكون مادياً كالعقارات والمنقولات، وقد يكون معنويا كأفكار المؤلفين والمخترعين.

ومحلّ الحق، على التحديد السابق، يختلف عن مضمون الحق. فهذا الأخير يتمثل فى السلطات أو المكنات التى يمنحها الحق لصاحبه، فى حين أن محل الحق يتمثل فى القيمة التى يرد عليها هذا الحق، والتى قد تكون عملا من الأعمال أو شيئاً من الأشياء. فمضمون حق الملكية مثلا ما هو إلا سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف التى يمنحها هذا الحق للمالك، أما محل هذا الحق فهو الشئ الذى تنصب عليه هذه السلطات.

وعلى هدى ما تقدم، نقسم دراستنا لمحل الحق إلى مبحثين: نعرض فى أولهما للأعمال التى يمكن أن تكون محلا للحقوق الشخصية، ونتناول فى المبحث الثانى الأشياء وتقسيماتها المختلفة.

المبحث الأول

الأعمـــــال

شروط العمل الذى يصلح محلا للحق الشخصى:

٢١٥- عرضنا فيما سبق للحقوق الشخصية وأنواعها[١]، وأشرنا إلى أن الحق الشخصى يخول صاحبه (الدائن) قدرة اقتضاء عمل معين من المدين، أى أن محل الحق الشخصى يكون دائما عملا يجب على المدين أن يقوم به لمصلحة الدائن. وهذا العمل قد يكون اعطاء شئ، وقد يكون عملا ايجابيا غير الاعطاء، وقد يكون أخيراً امتناعاً عن عمل محدد.

غير أن العمل الذى يصلح محلا للحق الشخصى يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة هى: أن يكون **ممكناً**، وأن يكون **معينا أو قابلا للتعيين**، وأخيراً أن يكون **مشروعاً**:

الشرط الأول: أن يكون العمل ممكنا:

ويقصد بذلك ألا يكون العمل مستحيلا فى ذاته[٢]، والاستحالة المقصودة هنا هى **الاستحالة المطلقة**، بمعنى أن يكون العمل غير ممكن القيام به ليس بالنسبة إلى الملتزم به فحسب بل بالنسبة إلى جميع الناس. ويستوى بعد ذلك أن تكون هذه الاستحالة مادية أو قانونية. ومثال الاستحالة المادية أن يتعهد طبيب بإجراء جراحة لمريض تبين أنه مات قبل التعهد، أو أن يتعهد

---

(١) راجع ماسبق، فقرات ٥٢ ومابعدها.

(٢) وهذا ما تؤكده المادة ١٣٢ من القانون المدنى بنصها على أنه: «إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا».

شخص بنقل ملكية عين تبين أنها هلكت قبل نشأة الالتزام. أما الاستحالة القانونية فمثالها أن يتعهد محام برفع استئناف عن حكم انقضى ميعاد استئنافه.

أما إذا كانت الاستحالة مقصورة على المدين وحده، فى حين كان يمكن لغيره القيام بالعمل، فهذه هى **الاستحالة النسبية** التى يعتبر معها العمل ممكنا، ويكون للدائن الحق في اقتضاء الوفاء به، كل ما فى الأمر أن المدين لن يستطيع تنفيذ هذا العمل، ومن ثم يكون مسئولا أمام الدائن عن تخلفه عن الوفاء. ومن أمثلة الاستحالة النسبية أن يتعهد شخص برسم لوحة فنية وهو يجهل قواعد الرسم، أو أن يتعهد شخص بقيادة سيارة وهو لا يدرى أصول القيادة، أو أن يتعهد شخص بالعزف أو الغناء فى إحدى الحفلات دون أن تكون له دراية بفن الموسيقى والغناء.

ويلاحظ أن العمل يعتبر ممكنا حتى ولو كان مضمونه اعطاء شئ غير موجود وقت التعهد باعطائه، مادام أن هذا الشئ ممكن وجوده فى المستقبل. ذلك أن شرط الامكان لا يقتضى الوجود. مثال ذلك أن يبيع شخص مزروعات لم تنضج بعد، أو يبيع شخص مصنوعات لم يتم صنعها بعد. غير أنه يستثنى من ذلك الحالات التى يحرم فيها المشرع التعامل فى التركة المستقبلة[1]، وتحريم هبة المال المستقبل[2]، وتحريم رهن المال المستقبل[3].

---

(١) تنص المادة ٢/١٣١ من القانون المدنى على أنه : غير أن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه..».

(٢) وهذا ما تقضى به المادة ٤٩٢ من القانون المدنى بنصها على أنه: «تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة».

(٣) وهذا ما تنص عليه المادة ٢/١٠٣٣ من القانون المدنى التى تقرر أنه «يقع باطلا رهن المال المستقبل.

الشرط الثاني: أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين:

يجب أن يكون العمل الذى التزم به المدين معينا أو قابلا للتعيين، لأنه لو كان مجهلا لما أمكن تحديد مضمون اقتضائه أو الحق الوارد عليه. وعلى ذلك إذا تعهد مقاول باقامة بناء، وجب تعيين مواصفات هذا البناء (كعدد طوابقه، وطريقة البناء، وكيفية التشطيب...)، فإذا لم تذكر هذه المواصفات فى العقد فيكفى أن يكون من الممكن استخلاصها من ظروف وملابسات التعاقد، كما فى حالة الاتفاق على بناء مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة. فإذا لم تذكر هذه المواصفات، ولم يكن فى الامكان استخلاصها، من ظروف التعاقد، فلا ينشأ الالتزام ولا ينعقد العقد.

وإذا كان مضمون العمل اعطاء شئ فيجب إذا كان هذا الشئ قيميا، أن يعين بذاته. كما لو تعلق الأمر مثلا بقطعة أرض فيجب ذكر مساحتها وموقعها وحدودها. أما إذا كان الشئ مثليا فيجب أن يعين بنوعه ومقداره[1]، وإن كان تحديد درجة جودته ليس لازماً[2].

الشرط الثالث: أن يكون العمل مشروعاً:

ويجب أخيراً، ألا يكون العمل مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، وإلا كان التعهد به باطلا. فيبطل، مثلا، أن يتعهد شخص ببيع كمية من المخدرات لشخص آخر، أو أن يتعهد شخص بأن يدفع لامرأة مبلغا من المال مقابل اقامة علاقة غير مشروعة معها أو استمرار هذه العلاقة.

---

(١) وهذا ما تقضى به المادة ١/١٣٣ مدنى بنصها على أنه «إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا».

(٢) فإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط (م ٢/١٣٣ مدنى).

المبحث الثاني

الأشيــــــاء

المقصود بالشيء وتمييزه عن المال:

٢١٦- يقصد بالشيء كل ما له كيان ذاتي منفصل عن الإنسان، سواء كان هذا الكيان مادياً يدرك بالحس كالأرض والبناء والحيوان، أم كان كيانا معنوياً لا يدرك بالحس وإنما بالفكر والتصور، كأفكار المؤلف والاختراعات التي يحميها القــانون عن طريق براءات الاختــراع، والمحل التجــاري الذي ينظر إليــه في مجموعه باعتباره شيئاً معنوياً له كيانه الذاتي المستقل عن العناصر المكونة له(١).

وكثيـرا مايحدث الخلط بين «المال» و«الشيء»، فيطلق أحد الاصطلاحين للدلالة على الآخر، من ذلك مثلا ما نصت عليه المادة ٨٧ من التقنين المدني من أنه: «تعتبـر أموالا عـامة، العقـارات والمنقـولات التي للدولة أو للأشخـاص الاعتبارية العامة. . . ». فالنص يشير إلى العقـارات والمنقـولات باعتبارها أموالا بينما هي في حقيقتهـا أشيـاء وليست أموالا(٢). فـاصطلاح «المال» يقــصــد به الدلالة على الحق المالي، أي كل حق يمكن تقـويمه بالنقــود أياً كــان نوعه(٣)، وهو بذلك ينصرف إلى الحق الشخصي والحق العيني والحق الذهني في جانبه المالي. أما الشيء فهو المحل الذي ترد عليه بعض أنواع الحقوق المالية،

---

(١) راجع: حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٦٤، ص ٧٠٤، منصور مصطفى منصور، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، جـ ٢، نظرية الحق، ١٩٦٢/٦١، ص ٢٤٤.

(٢) وقد وقع المشرع المصري في هذا الخلط رغم حرصه على التفرقة بين الأشياء والأموال، حيث أورد في الفصل الثالث من الباب التمهيدي تقسيما للأشياء وآخر للأموال.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، جـ ١، ص ٤٥٧.

وهى الحقوق العينية ومحلها أشياء مادية، والحقوق الذهنية فى جانبها المالى ومحلها أشياء معنوية. ويتأكد وجه الخلاف بين المال والشئ عندما يكون الشئ الواحد محلا لأكثر من حق مالى، كما لو كان لشخص ملكية الرقبة على شئ ولآخر حق انتفاع عليه، ولثالث حق رهن، ولرابع حق ارتفاق. وبذلك يكون الشئ واحداً ترد عليه حقوق مالية متعددة، وهذا يقطع بعدم التطابق بين المال والشئ. ويتأكد هذا الاختلاف أيضا إذا ما وضعنا فى الاعتبار أن الشئ يمكن أن يوجد دون أن يقوم عليه حق لشخص ما، كما هو الحال بالنسبة للأشياء المباحة،[1] وأن الحق المالى يمكن أن يوجد دون أن يرد على شئ، كما هو الحال بالنسبة للحق الشخصى الذى يكون محله عمل ايجابى أو سلبى يقوم به المدين لمصلحة الدائن (صاحب الحق).

هذا وبعد أن ميزنا بين المال والشئ، وحددنا أن المال هو كل حق يمكن تقييمه بالنقود، عينيا كان هذا الحق أم شخصيا أم معنويا، وأن الشئ هو المحل الذى ترد عليه طائفة من الحقوق المالية وهى الحقوق العينية التى ترد على أشياء مادية والحقوق المعنوية التى ترد على أشياء غير مادية، فإننا سنقتصر

---

(١) الأشياء المباحة هى أشياء قابلة للتملك بطبيعتها ولكنها لا مالك لها، في هذا الصدد نصت المادة ٨٧٩ مدنى على أنه «يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته. ويعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها مادامت طليقة. وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فورا أو إذا كف عن تتبعه. وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له. وحكم الأشياء المباحة أنها تصبح ملكا لمن يضع يد عليها بنية تملكها (المادة ٨٧٠) ويستثنى من ذلك الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها فهى تكون ملكا للدولة، ولا يجوز تملكها أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح (المادة ٨٧٤).

فى هذا المقام على تناول الأشياء المادية بوصفها محلا للحقوق العينية[١]، فنعرض **أولا** للشروط الواجب توافرها فى الشئ لكى يصلح محلا للحق العينى، ونتناول **ثانيا** التقسيمات المختلفة للأشياء المادية.

المطلب الأول

الأشياء التى تصلح محلا للحق العينى

٢١٧- حددت المادة ٨١ من التقنين المدنى الأشياء التى يصح أن تكون محلا للحقوق العينية، وهى الأشياء التى لا تخرج عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون[٢]. كما أوضحت المادة المذكورة أن الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بها، وأن الخارجة عن التعامل بحكم القانون هى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية:

أولا: الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها:

وهى، كما ذكرنا، الأشياء التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها،

---

(١) تناولنا فيما سبق الحقوق المعنوية التى ترد على أشياء غير مادية، انظر تفصيلا فى هذا الخصوص، فقرة ٦٩ ومابعدها.

(٢) تجدر الاشارة إلى أن صياغة هذه المادة يشوبها عدم الدقة، فهى تقرر أن «كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية». فهذه الصياغة يفهم منها أن الشئ، طالما أنه لا يخرج عن التعامل، يُعتبر صالحا لأن يكون محلا لكافة الحقوق المالية. والحقيقة أن الشئ لا يصلح محلا لكافة الحقوق المالية، فقد سبق أن أشرنا إلى أن الحقوق الشخصية، وهى من الحقوق المالية، لا ترد على أشياء وإنما ترد على أعمال ايجابية أو سلبية. وعلى ذلك فالنص يحتاج إلى تحديد نوع الحق المالى الذى يرد على الشئ. انظر فى هذا المعنى، اسماعيل غانم، محاضرات فى النظرية العامة للحق، الطبعة الثالثة، ١٩٦٦، ص ٨٢ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٤٢، ص ٢١٢.

فالحق يفترض الاستئثار والتسلط، فإذا تعذر ذلك بسبب طبيعة الشئ امتنع ورود الحق عليه. ومثال الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها أشعة الشمس والهواء ومياه البحار، فهذه أشياء لا تسمح طبيعتها بأن يستأثر شخص بمنافعها، وإنما يشترك فى الانتفاع بها الناس كافة، فلا يحول انتفاع أحد الأشخاص بها دون انتفاع الآخرين.

غير أنه إذا استطاع الشخص الاستئثار بقدر محدود من الأشياء سالفة الذكر، ففى هذه الحالة يصلح هذا القدر لأن يكون محلا للحق فى حدود هذا الاستئثار. مثال ذلك الهواء المضغوط فى أنبوبة أو مياه البحر التى يؤخذ جزء منها لغرض ما، أو الطاقة الشمسية التى تستخدم لأغراض صناعية.

ثانيا: الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون:

وهى أشياء قابلة بطبيعتها للحيازة على سبيل الاستئثار والانفراد، ومع ذلك يمنع القانون التعامل فيها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. وتنقسم هذه الأشياء إلى نوعين:

(أ) الأشياء التى قدر المشرع أن اباحة التعامل فيها يخل بالنظام العام، كالمخدرات التى لا يجوز التعامل فيها إلا بقيود خاصة، كأن تستعمل مثلا لأغراض طبية.

(ب) الأموال العامة التى تشمل الأشياء المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص (المادة ١/٨٧ مدنى) فهذه الأشياء لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (المادة ٢/٨٧ مدنى).

وإذا كان خروج الأموال العامة من دائرة التعامل يرجع إلى تخصيصها للمنفعة العامة، فإن انتهاء التخصيص يقتضى أن تفقد هذه الأموال صفتها العامة، ويجوز بالتالى التصرف فيها. ويكون انتهاء التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة.

هذا ويلاحظ أخيراً أن هناك حالات يجوز فيها أن تكون الأموال العامة محلا لحقوق فردية رغم أنها مازالت مخصصة للمنفعة العامة، وهذا ما يحدث إذا كانت هذه الحقوق لا تتعارض مع التخصيص للمنفعة العامة. مثال ذلك ما تقرره المادة ١٠١٥ من التقنين المدنى من أنه يجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إذا كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال.

المطلب الثانى

تقسيمات الاشياء

٢١٨- هناك العديد من التقسيمات المتصورة للأشياء، وقد عرض التقنين المدنى لأهم هذه التقسيمات وهى تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات (المادة ٨٢)، وأشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك (المادة ٨٤)، وأشياء قيمية وأشياء مثلية (المادة ٨٥)[١].

---

(١) ويضيف الفقه تقسيما آخر للأشياء، وهو تقسيمها إلى أشياء مادية يمكن اداركها بالحس كالأراضى والمبانى والآلات، وأشياء معنوية لا تدرك بالحس وإنما بالفكر والتصور كأفكار المؤلفين والمخترعين. وتبدو أهمية هذا التقسيم، من ناحية، أن الأشياء المادية فقط هى التى يمكن أن ترد عليها الحيازة، وتصلح لاكتساب ملكيتها بالتقادم، كذلك فإن الأشياء المعنوية لا تصلح محلا للحق العينى، فهذا الأخير يرد على الأشياء المادية فقط. انظر فى هذا الخصوص أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٤٥،و ص ٢١٣.

ونعرض فيما يلى لهذه التقسيمات الثلاثة، حيث نخصص فرعا مستقلا لكل تقسيم:

الفرع الأول

العقارات والمنقولات

معيار التفرقة بين العقارات والمنقولات:

٢١٩- لا شك أن تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات يعتبر من أهم تقسيمات الأشياء على الاطلاق. ويرتكز هذا التقسيم أصلا على معيار طبيعى مستمد من طبيعة الشئ ومدى استقراره وثباته فى حيزه أو قابليته للحركة. فالعقار هو كل شئ يتصل بحيزه اتصال قرار بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يصيبه التلف. أما المنقول فهو كل شئ يمكن نقله من حيزه دون تلف. وقد اعتمد المشرع المصرى هذا المعيار بنصه على أن «كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول» (المادة ١/٨٢ مدنى).

ومن المعقول أن يؤدى هذا الفرق الطبيعى بين العقار والمنقول إلى اختلاف القواعد القانونية التى يخضع لها الأول عن تلك التى يخضع لها الثانى. هذا بالاضافة إلى بعض الاعتبارات الأخرى التى ساعدت على اتساع دائرة هذا الاختلاف، وأهمها الاعتبار الاقتصادى الذى كان سائدا فى المجتمعات القديمة، بل وفى المجتمعات الريفية فى وقتنا الحاضر، حيث كان ينظر إلى العقارات على أنها الأشياء ذات القيمة، أو هى عماد الثروة، أما المنقولات فكانت تعد أشياء تافهة القيمة. وعلى الرغم من أن هذه النظرة لم تعد تصدق على المجتمعات

الحديثة، وبخاصة المجتمعات الصناعية، حيث أصبح للثروة المنقولة من الأهمية ما قد يفوق أهمية الثروة العقارية[1]، إلا أنها ألقت بظلالها على الكثير من التنظيمات القانونية الحديثة. وخير مثال على ذلك ما تنص عليه المادة ١/٤٢٥ من التقنين المدنى المصرى من أنه «إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد عن الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل». فدعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش لا تكون مقبولة إلا إذا كان المبيع عقارا، أما إذا كان المبيع منقولا فلا يجوز طلب تكملة الثمن. فهذا الحكم ليس له من تفسير سوى أنه من آثار النظرة القديمة التى كانت ترى فى المنقول شيئا تافها لا داعى لحماية بائعه. وهكذا يمكن القول أن تضافر المعيار الطبيعى المستمد من طبيعة الشئ والاعتبار الاقتصادى المستمد من قيمة الشئ أدى فى النهاية إلى خضوع العقارات لنظام قانونى يختلف كثيراً عن النظام القانونى الذى يحكم المنقولات.

غير أنّه إذا كان المعيار الذى اعتمده المشرع المصرى للتفرقة بين العقار والمنقول يمثل القاعدة العامة التى تقوم على أساس النظر إلى طبيعة الشئ ومدى ثباته فى حيزه أو قابلته للحركة، إلا أنه قد يحدث، لاعتبارات خاصة، أن يضفى المشرع وصف العقار على شئ يعتبر بطبيعته من المنقولات (العقار

---

(١) وخير مثال على ذلك أن أسهم وسندات الشركات الصناعية الكبرى وشركات البترول أصبحت فى بعض الدول الصناعية تحتل مركز الصدارة بين عناصر الثروة.. انظر فى نقد هذا الاعتبار الاقتصادى، حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، جـ ١، أحكام حق الملكية، ط٢، ١٩٦٥، فقرة ٢٣، ص ٦٩، ٧٠.

بالتخصص)، أو أن يضفى وصف المنقول على شئ يعتبر بطبيعته من العقارات (المنقول بحسب المآل)، وهنا نكون أمام أحد الأحكام الاستثنائية التى يستقل المشرع بتقريرها.

وعلى هدى ما تقدم نعرض أولا للعقار بنوعيه، وثانيا للمنقول بنوعيه، وثالثا وأخيراً لأهم ما يترتب على التفرقة بينهما من نتائج قانونية:

أولا - العقار

الأصل والاستثناء:

٢٢٠- الأصل أن اضفاء صفة العقار على الشئ يكون بالنظر إلى طبيعته. فإذا كان الشئ مستقرا بحيزه ثابتا فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار (المادة ٢/٨٢ مدنى).

غير أنه يستثنى من هذا الأصل العام حالة المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار رصتدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله، حيث يعتبر المنقول فى هذه الحالة عقارات بالتخصيص لا بالطبيعة (المادة ٢/٨٢ مدنى).

ونعرض لهذين النوعين من العقارات على التوالى:

(أ) العقارات بطبيعتها:

٢٢١- قدمنا أن العقارات بطبيعتها هى «كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف». وعلى ذلك يمكن ارجاع العقارات بطبيعتها إلى أشياء ثلاثة:

١- الأرض:

تأتى الأرض فى مقدمة العقارات بطبيعتها، أيا كان نوعها، وأيا كانت

قيمتها وأيا كان موقعها، أى أنه يستوى أن تكون أرضا صحراوية أو زراعية أو أن تكون مرتفعة الثمن أو العكس، أو أن تكون واقعة فى نطاق المدن أو فى نطاق القرى. ويمتد وصف العقار بالطبيعة ليشمل ما فى جوف الأرض من مناجم ومحاجر طالما أنها متصلة بالأرض اتصال قرار. أما المعادن التى تستخرج من المناجم، والأحجار التى تقتطع من المحاجر، فهى من قبيل المنقولات بمجرد فصلها عنها. وبطبيعة الحال لا تعتبر الكنوز أو الآثار المدفونة فى باطن الأرض من العقارات، لأنها وإن كانت توجد فى باطن الأرض إلا أنها تتمتع بذاتية مستقلة، فهى لا تتصل بالأرض اتصال قرار، ومن ثم فهى تعتبر من المنقولات.

٢- الأبنية المتصلة بالأرض اتصال قرار:

الأبنية الثابتة فى الأرض، بحيث لا يمكن نقلها أو نزعها منها دون تلف تعتبر من العقارات بطبيعتها. وينطبق هذا الوصف على المساكن والمخازن والمصانع والكبارى والقناطر والسدود والخزانات والأنفاق. كما ينطبق أيضا على جميع الأجزاء التى لا يكتمل وجود هذه الأبنية بدونها، ففيما يتعلق بالمساكن مثلا يعتبر من العقارات بطبيعتها المصاعد والأبواب والنوافذ وأنابيب المياه والغاز والتوصيلات الكهربائية[١].

ولا يشترط أن تكون هذه الأبنية قد أقيمت لتبقى متصلة بالأرض على الدوام، فالأبنية المؤقتة التى تقام فى أرض المعارض تعتبر من العقارات على الرغم من أنه من المعلوم مقدما أن مصيرها الازالة بعد انتهاء مدة العرض. كما

---

(١) راجع: سليمان مرقص، الوافى فى شرح القانون المدنى، جـ ١، ط ٦، ١٩٨٧، فقرة ٣٥٧، ص ٨٥٠ - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٣٩٨، ص ٥١٠.

لا يشترط أن يكون من أقام هذه الأبنية مالكا للأرض التى أقيمت عليها[١]، إذا العبرة بكونها ثابتة فى الأرض بحيث لا يمكن نقلها منها دون تلف.

أما إذا تعلق الأمر بأبنية ليست متصلة بالأرض اتصال قرار، بحيث يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف، فهى لا تعتبر من قبيل العقارات، مثال ذلك أكشاك الاستحمام، وكبائن المعيشة (الكارافان) المرفوعة على اطارات والتى تستخدم للاقامة بالمعسكرات والرحلات.

٣- النباتات:

تعتبر النباتات التى تمتد بجذورها فى الأرض، بحيث لا يمكن نقلها من مكانها دون تلف من العقارات بطبيعتها. وهو ما يصدق على الأشجار والمزروعات المختلفة والثمار المتصلة بغصونها.

ولا يشترط أن تكون هذه النباتات قد غرست فى الأرض لتبقي على سبيل الدوام، فالمزروعات والثمار مثلا تعتبر من العقارات رغم أنه من المعلوم مقدما أنها سوف تنفصل عن الأرض بمجرد نضجها، ونباتات المشاتل أيضا تعتبر من العقارات طالما أنها تمتد بجذورها فى الأرض، وإن كانت معدة لأن تنقل بعد مدة معينة.

كما لا يشترط أن يكون من قام بالغرس مالكا للأض التى تم فيها الغرس، إذ العبرة باتصال النباتات بالأرض اتصال قرار لا يمكن معه نقلها منها دون تلف.

---

(١) راجع تطبيقا لذلك، نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٤٦، مجموعة عمر، جـ ٥، رقم ٣٦، ص ٩٣.

أما إذا كانت النباتات غير متصلة بالأرض اتصال قرار ولا يترتب على نقلها من مكان إلى آخر أن يصيبها التلف، فإنها تعتبر من المنقولات. مثال ذلك النباتات التى تزرع فى أصص، حتى ولو كانت هذه الأصص مدفونة فى الأرض، طالما أنه يمكن نقلها من المكان المدفونة فيه إلى مكان آخر دون تلف.

وعلى هذا النحو فإن معنى العقار بالطبيعة، وبالتالى الأشياء التى ينطبق عليها هذا الوصف، هى الأرض وكل ما يتصل بها اتصال قرار من مناجم ومحاجر وأبنية ونباتات. ويبقى أن نشير إلى أن اعتبار الشئ عقاراً بالطبيعة لا يعنى بالضرورة أن يظل محتفظاً بهذه الصفة إلى الأبد، وإنما يفقد الشئ صفة العقار ويصير من المنقولات بمجرد أن ينفصل عن الأرض، كما هو الحال بالنسبة للمعادن بعد استخراجها من المناجم، والأحجار بعد اقتطاعها من المحاجر، والمبانى بعد هدمها، والمحاصيل والثمار بعد جنيها، والأشجار بعد قطعها.

(ب) العقارات بالتخصيص:

٢٢٢- عرفت الفقرة الثانية من المادة ٨٢ من التقنين المدنى العقار بالتخصيص بأنه «المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار واستغلاله». فالعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته، حيث يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، ومع ذلك أضفى عليه المشرع وصف العقار بالنظر إلى أن صاحبه أحدث نوعا من الوحدة الاقتصادية بينه وبين عقار يملكه بأن خصص هذا المنقول لخدمة هذا العقار وحسن استغلاله.

والحقيقة أن فكرة العقار بالتخصيص هى مجرد افتراض قانونى مخالف للواقع. وقد أراد المشرع بهذا الافتراض تجنب الفصل بين العقار والمنقولات

التى ترصد على خدمته واستغلاله، وذلك على اعتبار أن هذا الفصل لا يحقق ما تقتضيه المصلحة العامة من وجوب استغلال العقارات على الوجه الأمثل حفاظا على قيمتها. فهذا الفصل يؤدى، على المستوى الاجتماعى، إلى الاضرار بالثروة العقارية لأنه يقلل من قيمة العقارات، فضلا عن أنه، على المستوى الفردى، يؤدى إلى الاضرار بمصلحة المالك. وهذا ما يتحقق مثلا إذا ما أجيز للدائن الحجز على تلك المنقولات مستقلة عن العقار الملحقة به. وهو ما يتحقق أيضا فى حالة القسمة، إذا ما وقع العقار فى نصيب أحد المتقاسمين والمنقولات المخصصة لخدمته واستغلاله فى نصيب متقاسم آخر.

ومن هنا تبدو أهمية ربط مصير هذه المنقولات بمصير العقار الذى رصدت له، وذلك باضفاء الصفة العقارية عليها افتراضا[1] بهدف اخضاعها للنظام القانونى للعقارات.

وعلى ضوء ما تقدم نعرض لدراسة فكرة العقار بالتخصيص، فنعرض أولا لشروط اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص، ونعرض ثانيا لحكم العقار بالتخصيص.

أولا - شروط اعتبار المنقول بطبيعته عقارا بالتخصيص:

٢٢٣- أجملت الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدنى، سالفة الذكر، شروط اكتساب المنقول بطبيعته صفة العقار بالتخصيص وهى:

---

(١) يرى بعض الفقه أن المشرع لم يكن بحاجة إلى هذا الافتراض القانونى واعتبار ما هو منقول بطبيعته عقارا، إذ كان يكفى تطبيق مبدأ الفرع يتبع الأصل بأن ينص مثلا على أن المنقولات الملحقة بعقار لا يجوز فصلها عنه إلا بإرادة المالك (انظر فى هذا المعنى: اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٠٦).

الشرط الأول: أن نكون بصدد منقول بطبيعته وعقار بطبيعته:

فالمنقول الذي يمكن أن يكتسب صفة العقار بالتخصيص لابد وأن يكون من المنقولات بطبيعتها، أي من الأشياء التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف. غير أننا سنرى أن المنقول بطبيعته قد يكون شيئاً مادياً كالحيوانات والسيارات والسفن والطائرات...، وقد يكون شيئاً معنوياً كالأفكار والمخترعات والعلامات التجارية التي يكون لأصحابها عليها حق المؤلف أو حق الملكية الصناعية أو التجارية. ونظام العقارات بالتخصيص لا ينطبق على المنقولات المعنوية، وإنما ينطبق فقط على المنقولات المادية. فالقانون يستلزم لكي يكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص أن يضعه صاحبه في عقار يملكه، ولا يتصور وضع المنقول في العقار إلا إذا كان هذا المنقول مادياً[1].

أما عن العقار الذي يوضع فيه المنقول فيجب أيضا أن يكون عقاراً بطبيعته، أي شيئاً مستقراً بحيزه ثابتاً فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف، وذلك على التفصيل الذي عرضنا له عند دراستنا للعقارات بطبيعتها. أما إذا كان الشيء عقاراً بالتخصيص فإن صفته العقارية لا تمتد إلى المنقولات التي تخصص لخدمته واستغلاله. فلو أن هناك آلة ري مثبتة في الأرض بحيث لا يمكن نقلها منها دون تلف فهي تعتبر عقارا بالطبيعة، في حين يعتبر الوقود والأدوات المخصصة لاستعمالها عقارات بالتخصيص. أما إذا لم تكن الآلة مثبتة في الأرض فإن هذا ينفي عنها صفة العقار بالطبيعة، غير أنها يمكن أن تكتسب صفة العقار بالتخصيص إذا توافرت فيها شروط ذلك، وفي هذه الحالة

---

(١) راجع في هذا المعنى، شكري سرور، المرجع السابق، فقرة ٣١٣، ص ٢٦٣.

لا يمكن اعتبار الوقود والأدوات المخصصة لاستعمالها عقارات بالتخصيص[1].

الشرط الثانى - أن يكون مالك المنقول هو مالك العقار:

ويقوم هذا الشرط على حكمة مؤداها أن الوحدة الاقتصادية، التى نشأت بين العقار والمنقول الذى رصد على خدمته واستغلاله، هى التى اقتضت اعتبار هذا الأخير عقارا بالتخصيص بهدف اخضاعه للنظام القانونى للعقارات. وهذه الوحدة لا يتحقق لها الثبات والاستقرار إلا إذا كان مالك المنقول هو مالك العقار، ففى هذه الحالة فقط يكون من المؤكد أن المنقول لن يفصل عن العقار بغير إرادة المالك. أما إذا كان المنقول مملوكاً لشخص آخر غير مالك العقار فإن الفصل بينهما يكون أمراً ممكناً فى أية لحظة، إذ يكون لمالك المنقول أن يسترده متى شاء، وهذا لا يحقق الهدف المنشود من فكرة العقار بالتخصيص.

وعلى ذلك، لا يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يخصصه صاحبه لخدمة واستغلال عقار لا يملكه حتى ولو كان فى حيازته[2]. مثال ذلك أن يخصص مستأجر الأرض الزراعية بعض الماشية وأدوات الزراعة التى يملكها

---

(١) راجع فى هذا المعنى، سليمان مرقص، المرجع السابق، فقرة ٣٥٨، ص ٨٥١.

(٢) جدير بالذكر أن انتفاء وصف العقار بالتخصيص عن المنقول الذي يضعه صاحبه فى عقار يحوزه فقط دون أن يملكه يقتصر على علاقة الحائز بالمالك الحقيقى للعقار، إذ يستطيع مالك العقار أن يسترد عقاره وحده، ولا يستطيع الحائز أن يلزمه بتسلم المنقولات التى خصصها لخدمة العقار مقابل دفع قيمتها. أما بالنسبة للغير فتعتبر هذه المنقولات عقارات بالتخصيص، إذ طالما أن الحائز يظهر بمظهر المالك فهو المالك، والحيازة قرينة على الملكية (انظر فى هذا المعنى، اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٠٨).

لخدمة واستغلال الأرض، فهنا ينتفى شرط اتحاد المالك، ومن ثم لا تكتسب الماشية وأدوات الزراعة صفة العقار بالتخصيص.

كما لا يعتبر عقاراً بالتخصيص ما يخصصه مالك العقار من منقولات لا يملكها لخدمة واستغلال هذا العقار. مثال ذلك أن يستأجر أو يستعير مالك الأرض الزراعية بعض الماشية وأدوات الزراعة ليرصدها على خدمة واستغلال أرضه، وهنا أيضا لا يتحقق شرط اتحاد المالك مما يؤدى إلى انتفاء صفة العقار بالتخصيص عن الماشية وأدوات الزراعة.

غير أن شرط اتحاد المالك لا يستلزم أن يكون مالك المنقول مالكا للعقار ملكية مفرزة. فالمنقول الذى يرصده صاحبه على خدمة واستغلال عقار يملكه علىالشيوع يكتسب صفة العقار بالتخصيص[1]، وذلك على أساس أن المالك على الشيوع يملك نصيباً فى كل ذرة من العقار الشائع، ومن ثم يكون شرط اتحاد مالك العقار والمنقول متحققاً في هذه الحالة. غير أن بعض الفقه يرى، بحق، أن اضفاء صفة العقار بالتخصيص على المنقول الذى يخصصه صاحبه لخدمة العقار الذى يملكه على الشيوع يستلزم موافقة أغلبية الشركاء على هذا التخصيص، فالتخصيص يعتبر من أعمال الإدارة المعتادة، وهذه الأعمال لا يستطيع أن ينفرد بها أحد الشركاء على الشيوع دون موافقة أغلبية الشركاء،

---

(١) عكس ذلك: نقض مدنى ١٠ فبراير ١٩٥٥، مجموعة القواعد القانونية، جـ ١، ص ٣٠١، رقم ٥، وقد جاء فى هذا الحكم أنه إذا كان أحد الشركاء على الشيوع فى أرض يمتلك ماكينة ملكية خاصة وأقامها على هذه الأرض بماله واستغلها لنفسه ولحسابه الخاص فإنها لا تصير عقاراً بالتخصيص. وراجع فى نقد هذا الحكم، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، جـ ١، حق الملكية، ط٢، ١٩٦١، ص ٢٠١، هامش ١.

وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة (المادة ١/٨٢٨ مدنى).

الشرط الثالث - أن يوضع المنقول فى العقار رصدا على خدمته واستغلاله:

ويتفرع هذا الشرط إلى عدة شروط تفصيلية:

فيجب **أولا** أن يتحقق التخصيص بأن يضع المالك المنقول فى العقار فعلا. غير أن هذا لا يعنى ضرورة بقاء المنقول فى العقار طوال مدة التخصيص. فقد يستخدم المزارع مثلا بعض ما يملكه من ماشية فى فلاحة أرضه، وهذا يكفى لكى تكتسب الماشية صفة العقار بالتخصيص حتى ولو كان مبيتها فى حظيرة توجد بمكان آخر خارج الأرض[1].

ويجب ثانيا ألا يكون التخصيص عرضيا، **فالتخصيص يجب أن يتوفر فيه طابع الثبات والانتظام** وهذا ما يقتضى أن يكون مستمراً. غير أن استمرار التخصيص لا يعنى أن يكون بصفة دائمة، فليس هناك ما يمنع من أن تتخلله فترات انقطاع يعود بعدها المنقول لخدمة العقار، وهذا ما يحدث مثلا عندما يعير مالك الأرض محراثه لجاره لمدة قصيرة لا تكفى لكى يفقد المحراث صفة العقار بالتخصيص.

ويجب أخيرا أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله. وفى هذا الصدد تشير المذكرة الايضاحية للقانون المدنى إلى أنه لا يشترط أن يكون

---

(١) راجع فى هذا المعنى، اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٠٩. حيث يرى سيادته أن الجوهرى هو الرصد على خدمة العقار واستغلاله. وانظر عكس ذلك ما يقرره بعض الفقه من أن «أدوات الزراعة التى يضعها الفلاح فى منزله ويأخذها يوميا إلى حقله لا تثبت لها صفة العقار بالتخصيص لأنها لم توضع فى العقار».

المنقول لازماً وضرورياً لخدمة العقار أو استغلاله، بل يكفي تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال، ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضي ذلك[1]. غير أنه لا ينبغي أن يفهم من ذلك أن اكتساب المنقول لصفة العقار بالتخصيص يتوقف على مجرد تخصيصه لخدمة أو استغلال العقار دون النظر إلى أي اعتبار آخر، فهذا يتنافى مع الغاية التى ترمى إليها فكرة العقار بالتخصيص وهي تحقيق الانتفاع بالعقار على خير وجه. ومن ثم فإننا نعتقد أن عدم اشتراط أن يكون المنقول لازما وضرورياً لخدمة أو استغلال العقار لا ينفى ضرورة أن يعود المنقول بالنفع على العقار حتى يعتبر عقارا بالتخصيص[2]. فالمحراث الذى يضعه صاحبه فى مصنع يملكه لا يكتسب صفة العقار بالتخصيص لأنه لن يعود بأى نفع على المصنع، فى حين أنه إذا وضعه فى أرضه الزراعية رصدا على خدمتها أو استغلالها فهو يكتسب صفة العقار بالتخصيص لأنه سيعود حتما بالنفع على الأرض.

وعلى ذلك فالعبرة بما يعود به المنقول من نفع على العقار سواء أكان التخصيص لخدمة العقار أم لاستغلاله استغلالا اقتصاديا. فقد يكون التخصيص لخدمة العقار دون النظر إلى أى اعتبار اقتصادى، كما هو الحال بالنسبة للمقاعد والأسرة والأجهزة الطبية التى توضع في المستشفيات، والسجاد الذي يوضع فى دور العبادة، والمقاعد وأجهزة المعامل التى توضع فى المدارس، فهذه المنقولات تعتبر عقارات بالتخصيص إذا تحقق شرط اتحاد المالك رغم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ١، ص ٤٦٧.

(٢) انظر فى هذا المعنى، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٢٨٢، ص ٢١٨.

انعدام فكرة الاستغلال الاقتصادى. وقد يكون التخصيص لاستغلال العقار استغلالا اقتصاديا، كما هو الحال بالنسبة إلى الماشية والات الزراعة التى تستخدم فى الاستغلال الزراعى، وكما هو الحال أيضا بالنسبة إلى ما يوضع فى المصانع من آلات وأدوات ومواد أولية وسيارات لحسن الاستغلال الصناعى، وكما هو الحال كذلك بالنسبة إلى المقاعد والسجاد والآلات التى توضع فى المسارح ودور السينما لحسن الاستغلال التجارى. فكل هذه المنقولات تعتبر عقارات بالتخصيص إذا كانت مملوكة لمالك العقار الذى رصدت على استغلاله.

وواضح من الأمثلة السابقة أن التخصيص يجب أن يكون عينيا لا شخصيا، بمعنى ألا يكون التخصيص لمصلحة المالك الشخصية. فالسيارة التي يستخدمها صاحب المصنع فى تنقلاته الشخصية لا تعتبر عقارا بالتخصيص لأنها مخصصة لخدمة صاحب المصنع شخصيا لا لخدمة المصنع واستغلاله. وعلى العكس تعتبر السيارة عقارات بالتخصيص إذا خصصها صاحبها لنقل منتجات مصنعه أو لنقل العمال، لأنها فى هذه الحالة تكون مخصصة لخدمة واستغلال المصنع لا لخدمة صاحب المصنع. غير أن هذا لا يعنى أن التخصيص يجب أن يكون عينيا بحتا، فليس هناك ما يمنع من أن يقوم المنقول بخدمة أخرى إلى جانب تخصيصه لخدمة أو استغلال العقار بشرط أن تكون خدمته للعقار هى الغالبة[1]. فالسيارة المخصصة لنقل عمال المصنع أو لنقل منتجاته إلى العملاء تعتبر عقارا بالتخصيص حتى ولو كان صاحب المصنع يستخدمها فى تنقلاته الشخصية من وقت إلى آخر.

---

(١) راجع فى هذا المعنى، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٢٨٢، ص ٢١٧ و٢١٨.

ويلاحظ أخيراً أن تحديد ما إذا كان التخصيص عينياً أم شخصياً يترك لتقدير قاضى الموضوع فى ضوء ظروف كل حالة على حدة.

الشرط الرابع: أن يتم التخصيص بإرادة المالك:

وهذا يقتضى أن يصدر التخصيص من المالك نفسه أو ممن ينوب عنه. أما إذا صدر التخصيص من شخص آخر غير المالك دون أن يكون نائبا فى ذلك عن المالك، فإن المنقول لا يكتسب صفة العقار بالتخصيص. فلو أن مالك الأرض الزراعية أعار مستأجر الأرض محراثاً مملوكاً له، ثم رصد المستأجر هذا المحراث على استغلال الأرض دون أية نيابة عن المالك فى ذلك، فإن المحراث لا يعتبر عقاراً بالتخصيص، رغم أنه مملوك لمالك الأرض، وذلك على أساس أن نية المالك لم تتجه إلى تخصيصه لاستغلال الأرض وإنما اتجهت فقط إلى اعارته لمستأجر الأرض.

تلك كانت شروط اعتبار المنقول عقارات بالتخصيص. ونعرض فيما يلى لبيان حكم العقار بالتخصيص.

ثانيا - حكم العقار بالتخصيص:

٢٢٤- إذا اكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص، نتيجة توافر الشروط السابقة، فإن مصيره يرتبط بمصير العقار الأصلى الذى رصد هذا المنقول على خدمته أو استغلاله. فهو يعتبر من الناحية القانونية فى حكم العقار ويخضع لنفس النظام القانونى للعقارات.

وبناء على ذلك فإن الحجز على العقار الأصلى يتضمن فى نفس الوقت الحجز على العقار بالتخصيص المرصود على خدمته أو استغلاله، فلا يجوز الحجز على هذا الأخير حجز منقول مستقلا عن العقار الأصلى.

وفى حالة التنفيذ على العقار الأصلى فإن هذا التنفيذ يشمل العقارات بالتخصيص المرصودة على خدمته أو استغلاله.

كما أن التصرفات التى ترد على العقار الأصلى تشمل أيضا ما يلحق به من عقارات بالتخصيص، فبيع العقار الأصلى أو رهنه[١] أو الوصية به تشمل العقارات بالتخصيص الملحقة به.

غير أن اضفاء صفة العقار بالتخصيص على المنقول الذى يرصد على خدمة العقار أو استغلاله لا ينفى أنه في حقيقته منقول بطبيعته، مما يبرر معاملته معاملة المنقول فى أحوال خاصة خروجا على المبدأ العام الذى يقضى باخضاعه للنظام القانونى للعقارات. فلو أن شخص اشترى منقولا ولم يدفع ثمنه، ثم قام برصد هذا المنقول على خدمة أو استغلال عقار يملكه، فإن البائع لا يفقد امتيازه على هذا المنقول[٢] على الرغم من أن هذا الأخير أصبح عقاراً بالتخصيص.

ويلاحظ أخيراً أن وصف العقار بالتخصيص يظل ملازما للمنقول إلى أن تنتهى علاقة التخصيص التى تربطه بالعقار الأصلى. وإذا كان التخصيص لا يتم، كما عرضنا، إلا بإرادة المالك، فإنه لا ينتهى أيضا إلا بهذه الإرادة. فقد يقوم المالك بعمل مادى من شأنه أن ينهى تخصيص المنقول لخدمة أو استغلال العقار، كما لو قام بتغيير الاستغلال الذى كان المنقول مخصصا له (تحويل

---

(١) تنص المادة ١٠٣٦ من التقنين المدنى على أن الرهن يشمل «ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص... العقارات بالتخصيص».

(٢) راجع المادة ١/١١٤٥ من التقنين المدنى.

الأرض الزراعية مثلا إلى أرض بناء)، أو نقل المنقول من العقار واستخدامه فى أغراض أخرى. وقد يكون انتهاء التخصيص نتيجة تصرف قانونى يصدر من المالك، كما لو باع العقار أو باع المنقول الذى كان مخصصا لخدمة أو استغلال هذا العقار.

ثانيا - المنقولات

الأصل والاستثناء:

٢٢٥- قدمنا أن تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات يرتكز على معيار طبيعى مستمد من طبيعة الشئ ومدى استقراره وثباته فى حيزه أو قابليته للحركة. وعلى ذلك فإذا كان الأصل أن اضفاء صفة العقار على الشئ يكون، على نحو ما عرضنا، بالنظر إلى طبيعته، من حيث كونه مستقراً بحيزه ثابتاً فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، فإن الأصل فى اضفاء صفة المنقول على الشئ يكون أيضا بالنظر إلى طبيعته من حيث كونه قابلاً للحركة بحيث يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف.

غير أنه استثناء من هذا الأصل قد يعتبر الشئ منقولاً لا بحسب طبيعته بل بحسب مآله ومصيره فى المستقبل القريب، وهذا ما يطلق عليه اصطلاحا تسمية المنقول بحسب المآل.

فالمنقول بالتالى قد يكون منقولا بالطبيعة، وقد يكون منقولا بحسب المآل.

(أ) المنقول بالطبيعة:

٢٢٦- أشرنا إلى أن المشرع المصرى لم يعرف المنقول تعريفا مباشرا، وإنما اكتفى بتعريفه بطريق الاستبعاد. فبعد أن عرف العقار بأنه كل شئ مستقر

بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، أضاف أن «كل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول»[1]. وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى أن هذا المسلك تبرره الخشية من أن يؤدى التعريف المباشر لكل من العقار والمنقول إلى قصور فى التعريفين عن شمول جميع الأشياء[2].

وعلى ذلك يمكن تعريف المنقول بالطبيعة بأنه كل شئ لا تتوافر له صفة العقار، أى لا تتوافر له صفة الثبات والاستقرار فى حيزه بحيث يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف. وهو بذلك يشمل طائفتين من الأشياء:

١- **الأشياء المادية** التى ليست لها صفة الاستقرار والثبات فى حيزها بحيث يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون أن يعتريها التلف[3]. ومن أمثلتها الحيوانات والملابس والكتب والأثاث والسيارات والسفن والطائرات والغاز والكهرباء..

ولا يفقد الشئ صفته كمنقول لمجرد أنه أعد للبقاء في مكان معين لا يتحرك منه: فالعبرة بكون الشئ قابلا للحركة والنقل دون تلف. مثال ذلك ما يوجد على الشواطئ من عوامات مخصصة للسكنى.

---

(١) وذلك على عكس المشرع الفرنسى، حيث عرفت المادة ٥٢٨ من التقنين المدنى المنقولات بأنها «الأشياء التى يمكن نقلها من مكان إلى آخر، لأنها تتحرك بذاتها كالحيوانات، أو بتأثير قوة أجنبية كالأشياء غير الحية».

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ١، ص ٤٦٦.

(٣) تجدر الاشارة إلى أنه يستبعد من هذه الطائفة الأشياء التى يضعها صاحبها فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار واستغلاله. فقد رأينا أن الشئ يكتسب فى هذه الحالة صفة العقار بالتخصيص.

٢- الأشياء المعنوية التى ليس لها وجود مادى كأفكار المؤلفين والمخترعين والاسم التجارى. فانتفاء الوجود المادى لهذه الأشياء يجعل من غير المتصور بالنسبة لها الاستقرار بحيز والثبات فيه، ومن ثم فلايصدق عليها وصف العقار.

(ب) المنقول بحسب المآل[١]:

٢٢٧- قدمنا أن العقار بطبيعته يظل محتفظاً بهذه الصفة طالما أنه مازال متصلا بالأرض اتصال قرار، فهو لا يفقد صفته كعقار ويصبح منقولا إلا إذا فصل عن الأرض فعلا. ومع ذلك فهناك حالات أضفى المشرع فيها على العقار بطبيعته صفة المنقول، حيث أخضعه للنظام القانونى للمنقولات، وذلك بالنظر إلى ما سوف يؤول إليه مصيره فى المستقبل القريب. مثال ذلك ما تقضى به المادة ٣٥٤ من تقنين المرافعات من جواز الحجز على الثمار المتصلة والمزروعات القائمة بإجراءات الحجز على المنقول، بشرط أن يوقع هذا الحجز خلال خمسة وأربعين يوما قبل نضجها. فعلى الرغم من أن الثمار والمزروعات تعتبر من العقارات بطبيعتها لكونها مازالت متصلة بالأرض، إلا أن القانون يعاملها معاملة المنقولات فيما يتعلق بالحجز عليها، وذلك بالنظر إلى مآلها فى المستقبل. ومثال ذلك أيضا ما تقضى به المادة ١١٤٢ من التقنين المدنى من أن المبالغ المنصرفة فى البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد، يكون لها امتياز

---

(١) راجع فى هذا الموضوع، السنهورى، الوسيط، جـ ٨، حق الملكية، فقرة ٢٩ ومابعدها، ص٧١ ومابعدها.

المحصول الذى صرفت هذه المبالغ فى انتاجه، وما تقضى به المادة ١/١١٤٣ من أن مؤجر الأرض الزراعية يكون له حق امتياز على المحصول لاستيفاء الأجرة المستحقة له. فهذان الحقان يقعا على المحصول قبل حصاده، ومع ذلك يعتبرهما المشرع من حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول على الرغم من أن المحصول قبل حصاده يعتبر عقاراً بطبيعته.

وواضح ما يقوم عليه مسلك المشرع، فى الحالات السابقة، من افتراض قانونى أساسه النظر إلى الثمار والمزروعات والمحاصيل لا بحسب حالتها الحالية وإنما بحسب ما سيئول إليه مصيرها فى المستقبل القريب. ذلك أن التنفيذ عليها، سواء بمقتضى حق امتياز أو بموجب دين عادى، سيؤدى فى النهاية إلى بيعها جبراً عن المدين إلى مشتر سيتسلمها بعد فصلها عن الأرض بوصفها منقولا. ومن ثم يكون من المعقول والنافع استباق الزمن واعتبارها من المنقولات تيسيرا للإجراءات التى تتبع عند التنفيذ عليها. فليس هناك ما يبرر اخضاعها لإجراءات التنفيذ العقارى. وهى أشد تعقيدا وأكثر كلفة من إجراءات الحجز على المنقول، طالما أنها ستصير من المنقولات فى المستقبل القريب.

غير أنه إذا كانت النصوص التشريعية التى أخذت بفكرة المنقول بحسب المآل لم تصل بهذه الفكرة إلى مستوى القاعدة العامة، حيث اقتصر الأمر، كما سبق أن أشرنا، على نصوص متفرقة تطبق الفكرة فى حالات معينة، إلا أن هذه النصوص كانت سنداً للفقه والقضاء فى محاولة تأصيل نظرية عامة للمنقول بحسب المآل مفادها أن جميع الحالات التى ينظر القانون أو المتعاقدان فيها إلى عقار بطبيعته على أساس أنه سيصير فى المستقبل القريب من المنقولات، فإن

هذا العقار يخضع للنظام القانونى للمنقولات باعتبار ما سيئول إليه مصيره فى المستقبل. ومن أمثلة ذلك المبانى المعدة للهدم، والأشجار المعدة للقلع، والثمار والمزروعات المعدة للجنى، والأحجار والمعادن المعدة للاستخراج من المحاجر والمناجم.

وعلى ضوء ما تقدم نعرض **أولا** الشروط الواجب توافرها لكى يعتبر العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل، ثم نبين **ثانيا** النتائج المترتبة على ذلك:

(أ) شروط اعتبار العقار منقولا بحسب المآل:

٢٢٨- لكى يكتسب العقار بطبيعته صفة المنقول بحسب المآل يجب أن يتوافر شرطان:

١- أن تكون صيرورة العقار بطبيعته منقولا أمراً حتمياً، إما لأن ذلك هو تطوره الطبيعى كما هو الحال بالنسبة للثمار والمزروعات حيث يكون مآلها الطبيعى أن تنفصل عن الأرض بعد نضجها لتصبح بالتالى من المنقولات، وإما لأن إرادة المتعاقدين قد انصرفت جدياً، فى عقد وارد على عقار بطبيعته، إلى معاملته لا باعتبار حالته الراهنة وإنما باعتبار أنه سيصير من المنقولات فى المستقبل. فإذا قام مالك الأرض وما عليها من بناء ببيع البناء بقصد هدمه وحصول المشترى على أنقاضه، فإن هذا البيع يعتبر واردا على منقول بحسب المآل على الرغم من أن البناء وقت البيع كان عقارا بطبيعته، وذلك على أساس أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى اعتباره بيع أنقاض. أما إذا تم بيع البناء بصفته كذلك، أى دون أن يكون الغرض الأساسى من البيع هدفه حصول المشترى على أنقاضه، فإن هذا البيع يعتبر واردا على عقار حتى ولو قام المشترى بهدمه فيما بعد.

٢- أن تكون صيرورة العقار بطبيعته منقولا أمراً وشيك الوقوع. وهذا الشرط بالغ الأهمية، إذ بدونه لا تكون لنظرية المنقول بحسب المآل حدودا واضحة المعالم. كما أن اغفاله يساعد على التهرب من أحكام النظام القانونى للعقارات، وبصفة خاصة قوانين التسجيل، إذ يكفى لحدوث مثل هذا التهرب أن يدعى أطراف التعاقد أن نيتهم قد انصرفت إلى معاملة عقار بطبيعته كمنقول، ومن ثم لا يخضع تعاقدهم الوارد على هذا العقار للنظام القانونى للعقارات، فى حين يظهر من الظروف المحيطة بالتعاقد أن العقار لن يصير من المنقولات فى وقت قريب.

ويلاحظ أن تحديد ما إذا كان العقار بطبيعته سيصير من المنقولات فى وقت قريب أم لا، إنما يخضع لظروف كل حالة على حدة، ويعتبر بالتالى من المسائل التى تترك لتقدير قاضى الموضوع.

(ب) النتائج المترتبة على اعتبار العقار منقولا بحسب المآل:

٢٢٩- إذا توافر الشرطان السابقان فإن العقار بطبيعته يكتسب صفة المنقول بحسب المآل، **ويخضع بالتالى للنظام القانونى للمنقولات سواء فيما يتعلق بالحجز، أو انتقال الملكية، أو الاختصاص القضائى:** فيكون الحجز على المنقول بحسب المآل باتباع إجراءات الحجز على المنقول وليس باتباع إجراءات التنفيذ العقارى. وإذا بيع المنقول بحسب المآل فلا حاجة إلى التسجيل لانتقال ملكيته إلى المشترى فإذا كان منقولاً معيناً بالنوع، كما لو كان كمية من محصول لم ينضج بعد، فإن ملكيته لا تنتقل إلى المشترى إلا بالافراز (م ٢٠٥ مدنى)، وإذا كان منقولا معينا بالذات، كما لو كان منزلا معدا للهدم، فإن ملكيته تنتقل إلى المشترى بمجرد العقد (م ٢٠٤ مدنى). وأخيراً فإن

الاختصاص المحلى للمحاكم بنظر المنازعات الناشئة عن التعاقد الوارد على منقول بحسب المآل ينعقد، إعمالا للقاعدة المقررة فى المنقولات، للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه وليس للمحكمة التى يقع فى دائرتها الشئ.

وبعد هذا العرض للعقارات بنوعيها (عقارات بالطبيعة، وعقارات بالتخصيص)، والمنقولات بنوعيها (منقولات بالطبيعة ومنقولات بحسب المآل)، ننتقل فيما يلى لبيان أهم ما يترتب على التفرقة بين العقارات والمنقولات من نتائج قانونية:

ثالثا: أهمية التفرقة بين العقارات والمنقولات

٢٣٠- قدمنا أن تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات يقوم أساساً على اعتبار طبيعى تفرضه طبيعة الأشياء. فالعقار، كما أشرنا، هو الشئ المستقر بحيزه والثابت فيه بحيث لا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون أن يهلك، أما المنقول فهو الشئ القابل للحركة بحيث يمكن نقله من مكان إلى آخر دون أن يهلك. ومن المعقول أن يؤدى هذا الاختلاف الطبيعى بين العقار والمنقول إلى خضوع كل منهما لنظام قانونى يختلف عن الآخر.

غير أن إمعان النظر فى التنظيم القانونى لكل من العقار والمنقول يظهر بوضوح أن التفرقة بينهما فى بعض الأحكام لا يمكن تبريرها فى بعض الحالات إلا إذا سلمنا باقرار المشرع المصرى للمعيار الاقتصادى - إلى جانب المعيار الطبيعى سالف الذكر - الذى كان سائدا فى المجتمعات القديمة، حيث كان ينظر إلى العقارات على أنها الأشياء ذات القيمة الكبيرة، فى حين كان ينظر إلى المنقولات على أنها أشياء قليلة الأهمية. فعلى الرغم من أن هذه النظرة قد

تبدلت فى العصر الحديث، حيث أصبح للثروة المنقولة من الأهمية ما قد يفوق أهمية الثروة العقارية فى كثير من الحالات، إلا أنها مازالت تلقى بظلالها على التنظيم القانونى لكل من العقار والمنقول.

وعلى أية حال، فمن الأهمية اظهار مدى انعكاس الاختلاف الطبيعى بين العقار والمنقول، ومدى تأثير المعيار الاقتصادى على التنظيم القانونى لكل منهما:

(أ) انعكاس الاختلاف فى الطبيعة بين العقار والمنقول على التنظيم القانونى لكل منهما:

٢٣١- أدى الاختلاف فى الطبيعة بين العقار والمنقول إلى خضوع كل منهما لنظام قانونى يختلف كثيراً عن النظام القانونى الذى يخضع له الآخر، وبيان ذلك:

١- أن ما يتمتع به العقار من استقرار وثبات فى حيزه أدى إلى امكان تنظيم شهر التصرفات القانونية التي ترد عليه كوسيلة لحماية الغير: فجميع التصرفات القانونية التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله لا يترتب عليها هذا الأثر، سواء فيما بين أطرافها أو بالنسبة للغير، إلا إذا تم شهرها بطريق التسجيل (م ٩ من قانون الشهر العقارى)· كذلك فإن جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية التبعية لا يمكن الاحتجاج بها على الغير إلا إذا تم شهرها بطريق القيد (م ١٢ من قانون الشهر العقارى)· ويتم التسجيل أو القيد فى مكتب الشهر العقارى الذى يقع العقار فى دائرة اختصاصه· وبذلك تتحقق الحماية الكافية للغير الذى يسعى إلى التعامل فى العقار، إذ يمكنه الاطلاع

على سجلات مكتب الشهر العقارى لمعرفة مالك العقار الحقيقى وما سبق أن تقرر عليه من حقوق للآخرين.

أما بالنسبة للمنقولات فإن التصرفات الواردة عليها لا تخضع لنظام الشهر، إذ ليس لها مكان ثابت تستقر فيه، ومن ثم يتعذر تركيز إجراءات الشهر فى مكتب معين على نحو ما يحدث بالنسبة للعقار.

٢- لما كان من المتعذر شهر التصرفات القانونية التى ترد على المنقولات لحماية الغير الذى يتعامل فيها، فقد جعل المشرع من حيازة المنقول فى ذاتها سنداً لملكيته. فالمادة ١/٩٧٦ من التقنين المدنى تنص على أنه: «من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا إذا كان حسن النية وقت حيازته». فإذا اشترى شخص منقولا ممن يعتقد، بحسن نية، أنه مالكه، فإنه يصبح مالكا للمنقول، ويستطيع أن يدفع مطالبة المالك الحقيقى باسترداد الشئ بأنه قد تملكه على أساس من حيازته.

أما الحيازة فى العقارات، فإنها حتى لو اقترنت بحسن النية والسبب الصحيح[1]، لا تؤدى إلى اكتساب الملكية أو الحق العينى على العقار إلا بعد مضى خمس سنوات (م ١/٩٦٩ مدنى).

٣- نظم التقنين المدنى حماية الحيازة الواردة على العقار بدعاوى خاصة تسمى دعاوى الحيازة، وهى دعاوى تحمى بذاتها بصرف النظر عما إذا كانت مستندة إلى حق. فهناك أولا دعوى استرداد الحيازة، وهى تجيز لحائز العقار

---

(١) أى كانت الحيازة قد آلت إلى الحائز وهو يعتقد بحسن نية أنه يتلقى الشئ من مالكه، وبموجب تصرف قانونى كان من شأنه أن ينقل الملكية بذاته لولا أنه صدر من مالك.

إذا فقد الحيازة أن يطلب ردها إليه وذلك خلال السنة التالية لفقدها (م ٩٥٨/١ مدنى)، وهناك ثانيا دعوى منع التعرض التى تجيز لكل من حاز عقاراً واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض فى حيازته أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض (م ٩٦١ مدنى)، وهناك أخيرا دعوى وقف الأعمال الجديدة التى تجيز لمن حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته، أن يطلب من القضاء وقف هذه الأعمال بشرط ألا تكون قد تمت ولم ينقض عام على البدء فيها (م ٩٦٢/١ مدنى).

أما فى حيازة المنقول فليست هناك دعاوى حيازة، إذ أن قاعدة «الحيازة فى المنقول سند الحائز»، لا تدع مجالا لحماية الحيازة لذاتها بصرف النظر عن أصل الحق، فهذه القاعدة تربط بين الحيازة والحق بحيث لا يمكن الفصل بينهما.

٤- هناك بعض الحقوق العينية تقتصر على العقارات دون المنقولات، كحق السكنى وحق الارتفاق وحق الحكر، وهى من الحقوق العينية الأصلية، وحق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وهما من الحقوق العينية التبعية.

٥- يختلف الاختصاص القضائى بحسب ما إذا كانت الدعوى عقارية أى واردة على عقار، أو منقولة أى واردة على منقول: فبالنظر إلى ثبات العقارات يتحدد الاختصاص المحلى للمحاكم، بالنسبة للدعاوى العقارية، على أساس محل العقار. فالدعاوى العينية العقارية تختص بها المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار. والدعاوى الشخصية العقارية تختص بها المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه.

أمـا بالنسبـة للمنقـول، فنظراً إلى أنه ليس له مكان ثابت يمكن تحـديد الاختـصـاص القـضـائى على أسـاسـه، فـإن الدعـاوى المتـعلقـة به تطبق بشـأنهـا القاعدة العامة وهى أن يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

(ب) مدى تأثير المعيار الاقتصادى على التنظيم القانونى لكل من العقار والمنقول:

٢٣٢- أشرنا إلى أن هذا المعيار يقوم، تاريخياً، على أساس أن للعقار قيمة اقتصادية أكبر من قيمة المنقول، وهذا يبرز اختلاف الأحكام القانونية لكل منهما فى بعض الحالات:

١- **فدعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش فى البيع لا تقبل** إلا إذا كـان المبيع عقـاراً مملوكـا لشـخص لا تتـوافر فـيـه الأهليـة، فـهى لا تكون مقـبـولة إذا كـان المبـيع منقـولا. وهو مـا نصت عليـه المادة ١/٤٢٥ مـن التـقنين المدنى التى تقضى بأنه «إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البـيع غبن يزيد على الخـمس، فللبـائع أن يطلب تكملة الثـمـن إلى أربعـة أخماس ثمن المثل».

٢- **قـيـد المشـرع من سلطات الوصى فى ابرام التـصـرفـات القـانونيـة عن القاصر إذا كان التصرف متعلقاً بعقار (كما سبق أن أشرنا فى موضع سابق)، وذلك بالنظر إلى أهمية العقار.** فقد استلزم المشرع حصول الوصى على إذن من المحكمـة فى حالة ايجار عقـار القـاصـر لمدة تزيد على ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعيـة، ولمدة أكثر من سنة فى المبانى، وكذلك ايجار عـقـار القاصـر لمدة تمتد إلى مـا بعـد بلوغـه سن الرشـد لأكـثـر من سنة (م ٣٩ من قـانون الولاية على

المال). وعلى العكس من ذلك لا تتقيد سلطة الوصى فى ايجار المنقول بأى من هذه القيود.

٣- تسدد ديون التركة عند تصفيتها من ثمن ما فيها من منقولات، فإن لم تكن المنقولات كافية فمن ثمن ما فى التركة من عقارات (م ١/٨٩٣ مدنى).

٤- يجوز أن تكون للجمعيات الخاصة حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله (م ١٥ من القانون ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ باصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية)، مع مراعاة القوانين التى تنظم تملك الأجانب للعقارات. ولا يوجد هذا القيد بالنسبة لتملك المنقولات.

الفرع الثانى
الاشياء القابلة للاستهلاك
والاشياء غير القابلة للاستهلاك

٢٣٣- الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له فى استهلاكها أو انفاقها. ومعنى هذا أن استعمال الأشياء القابلة للاستهلاك لا يتصور إلا باستهلاكها، فهى لا تحتمل ورود استعمال متكرر. أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهى التى لا يؤدى استعمالها إلى استهلاكها، كالأرض والمبانى والسيارات، ولكن ذلك لا ينفى قابليتها للاستهلاك بالاستعمال المتكرر.

والاستهلاك قد يكون عاديا بالقضاء على مادة الشئ كاستعمال الطعام، وقد يكون قانونيا بخروج الشئ من ذمة صاحبه كاستعمال النقود.

وتتحدد قابلية الشئ للاستهلاك بحسب طبيعته، غير أن إرادة الأفراد قد تغير من هذا الوضع، وذلك حين يخصص الشئ لاستعمال غير الاستعمال المخصص له بحسب طبيعته، كأن تعار النقود أو الأطعمة لوضعها فى معرض. ففى هذه الحالة الأخيرة يترتب على الاتفاق استعمال الشئ على غير ما يؤدى إلى استهلاكه. وعلى العكس قد يعتبر الشئ غير القابل للاستهلاك قابلا للاستهلاك القانونى إذا خصص للبيع فى المتاجر. وقد أوردت هذا الحكم المادة ٢/٨٢ من التقنين المدنى بنصها على أنه «يعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع».

وتبدو أهمية التفرقة السابقة فى أن الأشياء القابلة للاستهلاك لا يمكن أن تكون محلا للحقوق العينية التى تخول الاستعمال أو الاستغلال دون التصرف كحق الانتفاع وحق الاستعمال، وبالتالى لا يمكن أن تكون هذه الأشياء - لذات السبب السابق - محلا لعقدى الايجار والعارية.

الفرع الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

٢٣٤- عرفت المادة ٨٥ من التقنين المدنى الأشياء المثلية بأنها تلك التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن. فالأشياء المثلية تتشابه فيما بينها بحيث تقوم بينها «علاقة تكافؤ»، فيمكن استبدال بعضها ببعض فى ابراء ذمة المدين، ويمتنع على الدائن أن يرفض. ومن قبيل المثليات الغلال والفواكه واللحوم.

أما **الأشياء القيمية** فهى تلك التى لا تتماثل فيما بينها بل يلحق بكل منها وصف يميزها عن غيرها، لهذا يطلق عليها أحيانا الأشياء المتعينة بالذات، ومثالها الحيوانات والعقارات. ويترتب على هذا التعريف للأشياء القيمية نتيجة عكسية كتلك التى ترتبت على تعريف المثليات، وهى أن الأشياء القيمية لا يقوم بعضها مقام البعض فى الوفاء، وبالتالى فالملتزم بشئ معين بالذات يجب عليه الوفاء بذات الشئ وإلا ظلت ذمته مدينة.

ويرتب القانون على التفرقة السابقة بعض النتائج نذكر منها ما يلى:

١- **أن المثليات لا تهلك**، وتؤدى هذه الحقيقة إلى أنه إذا كان محل التزام المدين شيئا مثليا (قمح مثلا) ثم هلك هذا الشئ، كان ملتزما بتقديم القدر المتفق عليه كيلا أو وزنا أو عددا أو مقاسا، لأن للشئ المثلى نظير فى السوق يمكن الحصول عليه. أما إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات ثم هلك هذا الشئ فإن التزام المدين ينقضى لاستحالة محل الالتزام، فالمتعينات لا تتماثل.

٢- **أن المقاصة القانونية لا تقع إلا بين نقود أو أشياء متحدة فى النوع والجودة (مثليات)**، وبالتالى فلا مقاصة قانونية بين المتعينات. أما المقاصة الاتفاقية فمن الممكن أن تتم بين أشياء غير مثلية، وذلك على أساس أن إرادة الأطراف تستطيع فى هذه الحالة تقدير التكافؤ فى القيمة المالية بين الشيئين القيميين.

٣- **أن الملكية فى الأشياء المثلية لا تنتقل بمجرد الاتفاق بل لابد فيها من الافراز أو التسليم**. أما فى الأشياء القيمية فإن الملكية تنتقل بمجرد الاتفاق إذا كان الشئ منقولا معينا بالذات، وإذا كان الشئ من العقارات فلا تنتقل الملكية فيه إلا بالتسجيل.

الفصل الثالث

حمايـــة الحـــق

٢٣٥- أشرنا فيما سلف أن للحق عناصر ثلاث هى شخص الحق ومحل الحق والحماية القانونية التى يسبغها القانون على الحق. وتهيئ الحماية القانونية لصاحب الحق الجو المناسب لكى يستعمله ويستغله ويتصرف فيه فى الحدود التى يرسمها القانون، كما تسمح له بدرء الاعتداء على حقه من جانب الغير.

وأول ما يذكر من خصائص الحماية القانونية أن النظام القانونى يمنع الفرد من اقتضاء حقه بوسائله الخاصة، بل يلزمه بالالتجاء إلى سلطات الدولة، وقد أشرنا إلى أن أهم طريق فى هذا الشأن هو طريق الدعوى القضائية.

ومن ناحية أخرى فإن أول شرط للنجاح فى التمتع بالحماية القانونية هو بالبداهة أن يكون للمدعى حق بالمعنى القانونى، وهو ما يقتضى أن يتحقق القاضى من وجود الحق المدعى بالاعتداء عليه أو النزاع فيه. لذلك كان على من يدعى أن آخر قد اعتدى على حقه أو أنكره عليه، أن يثبت أولا أنه صاحب الحق.

وأخيراً فإن القانون يضع للحق حدوداً تنحصر فى اطارها الحماية القانونية، فإذا تجاوزها الشخص انحسرت عنه حماية القانون بل وقد يتعرض للمسئولية.

وسنعرض فيما يلى لأهم مشاكل الحماية القانونية وهى الدعوى القضائية، اثبات الحق، حدود الحماية القانونية.

المبحث الأول

الدعوى القضائية

٢٣٦- تعتبر الدعوى القضائية أهم وسائل الحماية القانونية للحق، لذلك لم يكن غريبا أن يذهب بعض الفقه، كما سبق أن أشرنا، إلى حد المبالغة بالقول بأن الحق والدعوى معنيان لا ينفصلان، وأن «كلمة الدعوى مرادفة لكلمة الحق»، وبالتالى فمن العبث البحث عن تفرقة بينهما، والدليل على ذلك أن الحق بغير دعوى يبقى مكنة ناقصة. والفارق الوحيد بينهما، فى رأى هذا الفقه هو الفرق بين حالة السكون وحالة الحركة، فالحق تعبير عن سلطة الشخص وهى فى حالة الهدوء بعيدا عن كل نزاع، أما الدعوى فهى الحق فى حالة الحركة، أو على حد تعبير البعض «الدعوى هى الحق فى حالة الحرب»[1].

ودون العودة إلى تفصيلات المناقشة حول علاقة الحق بالدعوى نكرر أنه لا شك فى استقلال كل منهما عن الآخر فالدعوى ما هى إلا إحدى وسائل حماية الحق الفردى، وهى أهمها بغير شك، ولكن ذلك لا يعنى الخلط بينهما بحيث يقال أن الحق والدعوى شئ واحد. فهناك دعاوى يخولها القانون للفرد للدفاع عن مركز قانونى لا يستجمع خصائص الحق بالمعنى الكامل، كما أن للنيابة العامة مثلا، حين ترفع الدعوى الجنائية، لا تدافع عن حق شخص بل تدافع عن الصالح العام نيابة عن المجتمع. كما أن القانون قد يسد أمام الفرد صاحب الحق طريق رفع الدعوى القضائية فى بعض الحالات. وأخيراً فإن الدعوى يحكمها

---

(١) راجع رسالة الأستاذ الدكتور حمدى عبد الرحمن للدكتوره، باريس ١٩٦٨، فى الدعاوى الوقائية - وراجع ما سبق عرضه.

القانون السائد وقت رفع الدعوى، فى حين يخضع الحق، من حيث المبدأ، للتشريع السائد وقت ميلاده.

لهذا انتهى رأى نرجحه فى الفقه الحديث إلى أن الدعوى سلطة شرعية بمقتضاها يستطيع الأفراد والهيئات والسلطات العامة الالتجاء إلى القضاء للمطالبة باحترام القواعد القانونية سواء بمناسبة الاعتداء على حق أو بمناسبة الاخلال بمركز قانونى. وهى بهذا المعنى ذات طبيعة واحدة لا تختلف باختلاف الحق أو المركز القانونى الذى تحميه، غاية الأمر أنها قد تتأثر ببعض خصائص هذا الحق أو ذلك المركز القانونى، فيقال مثلا أن الدعوى شخصية حين تحمى حقا شخصيا وأنها عينية حين تحمى حقاً عينياً.

كما أن مدى سيطرة الأفراد على سير الخصومة وامكان تركها أثناء مسيرتها يتوقف إلى حد كبير على استنادها إلى حق فردى خالص أم إلى مركز قانونى تسوده فكرة الصالح العام[1].

وسنقتصر فى هذا المقام على عرض موجز للقواعد الخاصة بقبول الدعوى أمام القضاء، وكيفية رفعها.

أولا - شروط قبول الدعوى[2]:

٢٣٧- يقصد بشروط قبول الدعوى الشروط اللازم توافرها لكى تقبل المحكمة مبدأ الفصل فى النزاع. فإذا لم تتوافر هذه الشروط رفض القاضى

---

(١) راجع: رمزى سيف، السابق ص ١١٠ ومابعدها.

(٢) راجع: أحمد السيد صاوى، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة، ١٩٩٠، فقرة ٩٢ ومابعدها، ص.١٦٠ ومابعدها، والمراجع المشار إليها.

قبول الدعوى قبل البحث فى صحة ادعاء الخصم من الناحية الموضوعية. وإذا توافرت تلك الشروط انتقل القاضى إلى بحث الموضوع لتمحيص ادعاءات الطرفين.

وتتمثل هذه الشروط فى شرطين هما **شرط المصلحة وشرط الأهلية:**

١- شرط المصلحة:

ويقصد بها المنفعة المادية أو الأدبية التى تعود على المدعى من الحكم لصالحه، وتقاس هذه المصلحة على أساس افتراض صحة الادعاء، فالقاضى يضع السؤال التالى: لو افترضنا صحة ادعاءات رافع الدعوى فما هى الفائدة التى سيجنيها لو أجيب إلى طلباته، فإذا كان الجواب ايجابياً قبلت الدعوى، وإذا كان الرد سلبيا قضى بعدم قبولها. والغالب أن يكون لرافع الدعوى مصلحة محققة في الحكم لأنه من غير المتصور عملا - بالنسبة للإنسان العاقل - أن يرفع دعوى لا تعود عليه بنفع ما. ومع ذلك فالفرض العكسى ليس بالمستحيل، فقد يرفع شخص دعوى ببطلان وصية تحرمه من الميراث رغم تسليمه بصحة وصية سابقة تنتهى به إلى ذات الموقف.

ويتطلب الفقه والقانون فى المصلحة عدة شروط اضافية هى أن تكون قانونية، وأن تكون قائمة وحالة، وأن تكون شخصية ومباشرة.

أ - المصلحة القانونية:

ويقصد بها أن تستند طلبات المدعى إلى حق أو مركز قانونى. **فالمصلحة الاقتصادية المجردة عن الحق أو المركز القانونى لا تبرر قبول الدعوى**، فلا تقبل مثلا دعوى التعويض المرفوعة من أحد التجار على قاتل أحد عملائه بحجة أن القتل قد أدى إلى حرمانه من كسب مادي.

ب - المصلحة القائمة والحالة:

ومعنى هذا الشرط عدم قبول الدعوى إذا كانت المنفعة المنتظرة مستقبلة أو محتملة وقد صاغت هذا المبدأ المادة ٣ من قانون المرافعات «لا يقبل أى طلب أو دفع، استناداً إلى هذا القانون أو أى قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون». ولكن المادة الثالثة أضافت استثناء بمقتضاه يمكن قبول الدعوى استنادا إلى **مصلحة محتملة** فى حالتين:

الأولى: «إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق»، كمن يرفع دعوى لوقف بناء حائط شرع جاره فى اقامته إذا كان من شأن تمام البناء أن يؤدى إلى منع حقه فى المطل.

والثانية: إذا كان الغرض من الطلب «الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه».

ومن قبيل ذلك رفع دعوى لسماع شهادة شاهد يخشى فوات فرصة الاستشهاد به، كما لو كان مريضا على وشك الموت أو مسافرا لهجرة نهائية.

جـ - المصلحة الشخصية والمباشرة:

ويقصد بذلك أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانونى المتنازع فيه، أو نائبه. ويعبر عن هذا المعنى **بشرط الصفة**[1].

وبمقتضاه لا يقبل من الشخص أن يطالب بحقوق غيره دون وكالة أو تمثيل

تكون المصلحة شخصية ومباشرة، وهو ما لا يطبق على سلطة النيابة العامة طبقا للقانون فى رفع الدعاوى والتدخل فيها والطعن على أحكامها، كما لا تسرى أيضاً على الأحوال التى يجيز فيها القانون رفع الدعوى أو الطعن أو التظلم من غير صاحب الحق فى رفعه حماية لمصلحة شخصية يقررها القانون (م ٣ مكرر من قانون المرافعات مضافة بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦).

(١) راجع فى ذلك: أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ومابعدها، ص ٤٨٦ ومابعدها.

قانونى، وإلا فلن تقبل دعواه على أساس رفعها من غير ذى صفة.

٢- الأهلية:

وهى صلاحية الشخص لمباشرة الدعوى القضائية. ويرى بعض الفقه - بحق - أن الأهلية شرط لصحة إجراءات الدعوى وليس شرطا لقبولها. فالدعوى المرفوعة من شخص غير أهل لمباشرتها هى دعوى مقبولة ولكن إجراءاتها باطلة.

ثانيا - كيفية رفع الدعوى:

٢٣٨- للمطالبة القضائية وسيلتان، **الأولى هى وسيلة الدعوى العادية والثانية هى وسيلة أمر الأداء.** وتستخدم الأولى فى كافة المطالبات التى لا يكون محلها مبلغا نقديا ثابتا بالكتابة. **وتستخدم الثانية وجوبا إذا كان محل المطالبة مبلغا نقديا ثابتا بالكتابة** وتوافرت شروط أخرى حددها القانون.

وتختلف الإجراءات فى كل من الوسيلتين عنها فى الأخرى.

١- إجراءات الدعوى العادية[1]:

٢٣٩- تبدأ هذه الإجراءات بقيام المدعى بتحرير ما يسمى بصحيفة الدعوى من أصل وعدد من الصور بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم كتاب المحكمة. وتشمل صحيفة الدعوى على عدة بيانات أهمها اسم المدعى ولقبه واسم المدعى عليه وتاريخ تقديم الصحيفة والمحكمة المرفوع إليها وموضوع الدعوى وبيان موطن المدعى بالبلدة التى بها مقر المحكمة. ويقوم المدعى

---

(١) ويرسل قلم الكتاب إلى المدعى عليه خلال ثلاثة أيام كتابا موصى عليه بعلم الوصول مرفقا

بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم الكتاب بالمحكمة المختصة مع أداء الرسم المقرر على أن يرفق بها أصول المستندات المؤيدة للدعوى وما يركن إليه من أدلة بالاضافة إلى مذكرة شارحة للدعوى واقرار باشتمال صحيفة الدعوى على شرح كامل لها (م ٦٥ مرافعات). ثم يقوم قلم الكتاب بقيد الدعوى فى يوم تقديم صحيفتها فى السجل الخاص بذلك على أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى فى أصل الصحيفة وصورها[1].
وعند هذا الحد ينتهى دور المدعى فى إجراءات رفع الدعوى حيث يجب على قلم الكتاب بعد ذلك - وفى اليوم التالى على الأكثر - أن يقدم الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين ليقوم باعلانها إلى المدعى عليهم ثم رد الأصل إلى قلم الكتاب (م ٦٧ مرافعات). وقد أوجب القانون على قلم المحضرين أن يقوم باعلان الصحيفة خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه، مع مراعاة أن يقع الاعلان - بالضرورة - قبل تاريخ الجلسة، إذا كان قد حدد لها موعدا، خلال الثلاثين يوما، ومع مراعاة احترام الحد الأدنى للحضور وهو خمسة عشر يوما أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف، وثمانية أمام أمام المحكمة الجزئية و٢٤ ساعة أمام القضاء المستعجل.

وقد اعتد القانون (م ٦٤ مرافعات) في تحديد تاريخ رفع الدعوى بتاريخ ايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة. ومعنى ذلك أن الآثار التى يرتبها القانون

به صورة من صحيفة الدعوى والمذكرة الشارحة، أو الاقرار، يخطره فيه بقيد الدعوى واسم المدعى وطلباته والجلسة المحددة لنظرها ويدعوه للاطلاع على ملف الدعوى وتقديم مستنداته ودفاعه (م ٦٥ مرافعات).

(١) راجع فى ذلك: أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، فقرة ٤٨٥ ومابعدها، ص ٦٥٦

على رفع الدعوى تبدأ من هذا التاريخ: كقطع التقادم وسريان الفوائد، والتزام من تسلم غير المستحق برد الفوائد ولو كان حسن النية. ولكن الخصومة فى الدعوى لا تعتبر منعقدة إلا باعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر الجلسة (م ٦٨ مرافعات).

٢- إجراءات أمر الأداء[1]:

٢٤٠- لاحظ المشرع أن من الديون ما لا يستدعى الالتجاء إلى القضاء وفق الإجراءات العادية السالف بيانها، على ما فيها من تعقيدات شكلية وضياع للوقت والجهد، فأنشأ لها نظاما أكثر تبسيطا هو نظام أوامر الأداء.

وهذه الديون هى **الديون الثابتة بالكتابة**، ويضع القانون عدة شروط لتطبيق هذا النظام أهمها: **أن يكون الدين مبلغا من النقود معين المقدار أو منقولا معينا بذاته أو بنوعه أو مقداره، وأن يكون الدين ثابتا بالكتابة، وأخيرا يجب أن يكون الدين حال الأداء كما تتبع هذه الأحكام إذا كان صاحب الحق دائنا بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الاحتياطى لأحدهم.**

إذا توافرت الشروط المذكورة وجب على الدائن أن يسلك طريق أمر الأداء وامتنع عليه أن يتخذ طريق الدعوى العادية.

وقد رسم القانون طريق أمر الآداء على النحو التالى:

ومابعدها.

(١) لا يصدر القاضى أمر الأداء إلا إذا قرر اجابة المدعى إلى كل طلباته، فإذا قرر رفض جزء منها

- يجب على الدائن أن يبدأ **بتكليف المدين بالوفاء بميعاد خمسة أيام على الأقل**، وذلك قبل أن يلجأ إلى القضاء. ويكفى التكليف بخطاب مسجل مع علم الوصول. ويقوم بروتستو عدم الدفع مقام هذا التكليف.

- إذا امتنع المدين عن الوفاء، بعد تكليفه به على النحو السابق، يتقديم الدائن للقاضى المختص (القاضى الجزئى أو رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية) بعريضة من نسختين متطابقتين، ويجب أن تشمل العريضة على البيانات الآتية: اسم الدائن أو وكيله ومحل اقامته.

- بيان المطلوب أداؤه وتعيين موطن مختار للدائن.

كما يجب على الدائن أن يقوم بسداد الرسوم المقررة وأن يرفق بالعريضة الأوراق الآتية: سند الدين، ما يثبت حصول التكليف بالوفاء - المستندات المؤيدة للعريضة.

ويصدر القاضى أمره - إذا رأى اجابة الطالب إلى كل طلباته[1] - على إحدى نسختى العريضة فى خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تقديمها مبيناً فيه ما يجب أداؤه من أصل الدين وفوائده والمصروفات، أو من منقول بحسب الأحوال. وعند صدور الأمر يجب اعلانه إلى المدين خلال ثلاثة شهور من صدوره وإلا سقط الأمر واعتبر كأن لم يكن (م ٢٠٥ مرافعات). ويجوز للمدين التظلم من الأمر خلال عشرة أيام من تاريخ اعلانه إليه ويجب أن يكون التظلم مسببا، ويسقط الحق فى التظلم إذا طعن فى الأمر مباشرة بالاستئناف (م ٢٠٦ مرافعات).

فلا يجوز أصدار الأمر، بل عليه أن يحدد جلسة لنظر الدعوى وأن يكلف الطالب بإعلان خصمه بها (م ٢٠٤ مرافعات).

(١) راجع فى تعريف الاثبات: حمدى عبد الرحمن وخالد حمدى، الاثبات فى المواد المدنية

المبحث الثانى

اثبــــات الحــــق

تعريف الاثبات، وبيان أهميته:

٢٤١- الاثبات هو اقامة الدليل أمام القضاء، بطريقة من الطرق التى نص عليها القانون، على صحة واقعة متنازع فيها، نظرا لما يترتب على ثبوتها من آثار قانونية.

هذا هو جوهر التعريف الذى يضعه الفقه[1] للاثبات، ومنه يمكن استخلاص الأمور التالية:

أولا - أن الاثبات بالمعنى القانونى يختلف عن الاثبات بالمعنى العام، فهذا الأخير لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء، كما هو الحال بالنسبة للاثبات العلمى، أو الاثبات التاريخى. أما الاثبات بالمعنى القانونى فهو يتخصص بأن يكون أمام القضاء.

ثانيا - أن الاثبات القضائى يتقيد، كما سنرى، بطرق معينة حددها القانون. وهو تحديد يتقيد به الخصوم كما يتقيد به القاضى[2]، وهذا ما يميزه أيضا عن الاثبات العلمى أو التاريخى، والذى يهدف إلى البحث عن الحقيقة

والتجارية؛ وانظر فى الفقه الفرنسى: دى لموردنديير؛ موجز القانون المدنى، جـ٢، ط٩، ص٣٢٣، رقم ٦٤٣ - فواران وجوبو، مطول القانون المدنى، ص ٢٠، ص ٣٣، رقم ٤٩.

(٢) راجع: نقض مدنى ١٩/٥/١٩٥٥، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما، جـ ١، ١٩٨٥، ص ١٤٢، رقم ٧.

(١) راجع: السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، جـ ٢، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد

المجردة بأى وسيلة ومن أى طريق، فضلا عن أنه مباح للكافة.

ثالثا - أن الاثبات لا ينصب على الحق المتنازع فيه، وإنما ينصب على الواقعة القانونية التى تنشئ هذا الحق[1].

تلك هى النتائج المترتبة على التعريف المتقدم للاثبات القضائى، فهو كما سبق التحديد، يتم أمام القضاء بطرق معينة نص عليها القانون بغية الوصول إلى حقيقة قضائية ملزمة لأطراف النزاع بشأن الحق المدعى به.

وللاثبات القضائى أهمية عملية بالغة عبرت عنها المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بقولها «إن الحق يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذى يستند إليه، فالدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه، حتى صدق القول بأن الحق مجردا من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء».

هذه العبارات تكشف بوضوح عن أهمية نظرية الاثبات فهى، بحق، تعتبر من أهم النظريات القانونية التى تطبقها المحاكم بصفة دائمة. فالقاعدة فى المجتمعات المتحضرة أن الشخص لا يستطيع أن يقتضى حقه بنفسه، بل يتعين عليه، إذا ما نازعه غيره فى حق له، أن يلجأ إلى القضاء طالبا منه حماية هذا الحق. كما يتعين عليه أيضا أن يقيم الدليل على صحة الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق. أما لو عجز طالب الحماية عن تقديم الدليل الذى يتطلبه القانون لاثبات الحق، فإنه يخسر دعواه ويفقد حقه بالتالى. فالدليل إذا هو

الأول، الاثبات، ط ٢، ١٩٨٢، ص ٢٢، والأحكام المشار إليها فى هامش ٢.

(١) عبر الفقيه اهرنج عن هذا المعنى بقوله ان الدليل هو فدية الحق (مشار إليه فى السنهورى،

الذى يحمى الحق ويمكن صاحبه من التمتع به[1].

تقسيم:

٢٤٢ - بعد هذه المقدمة الموجزة سنقسم دراستنا إلى مطلبين: نعرض فى الأول للمبادئ العامة فى الاثبات، ونتناول فى المطلب الثانى: طرق أو أدلة الاثبات كما وردت فى قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته.

المطلب الأول

المبادئ العامة فى الاثبات

٢٤٣- دراسة المبادئ العامة فى الاثبات تقتضى أن نتناول ثلاث مسائل هى: دور القاضى فى الاثبات، دور الخصوم فى الاثبات، وأخيرا محل الاثبات.

الفرع الأول

دور القاضى فى الاثبات

٢٤٤- يتوقف هذا الدور على مدى الحرية التى يتمتع بها القاضى فى عملية الاثبات. فهو طليق اليد فى تحرى الحقيقة طبقا لبعض التشريعات، بينما هو مقيد إلى أقصى درجة طبقا للبعض الآخر، وأخيرا فإن هناك من التشريعات من يسلك منهجا وسطا بين هذا التقييد وذلك الاطلاق.

وعليه، نعرض، فى بند أول، دراسة هذه المذاهب المختلفة وسنعقب ذلك

المرجع السابق، ص ٢٤، هامش ١).

ببند ثان، نعرض فيه للمنهج الذى اعتنقه المشرع المصرى فى قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

البند الأول

المذاهب المختلفة فى الاثبات

تنقسم التشريعات فى خصوص تمكين القاضى من الاحاطة بالحقيقة فى المنازعات التى تعرض عليه إلى مذاهب ثلاثة هى:

١- مذهب الاثبات الحر أو المطلـــق.

٢- مذهب الاثبات القانونى أو المقيد.

٣- مذهب الاثبات المختلـــط.

ونتناول فيما يلى خصائص كل مذهب من هذه المذاهب وما له وما عليه.

١- مذهب الاثبات الحر أو المطلق:

يقوم هذا المذهب على دعامتين أساسيتين:

الدعامة الأولى: هى اطلاق حرية المتقاضين فى تقديم الأدلة التى يرون أنها تؤدى إلى اقناع القاضى. فالمذهب لا يحدد طرقاً معينة للاثبات يلتزم بها الخصوم.

الدعامة الثانية: هى حرية القاضى المطلقة فى تحرى الحقيقة القضائية فهو غير مقيد بما يعرض عليه من أدلة، بل انه يستطيع اللجوء إلى أى وسيلة يراها مؤدية إلى اقناعه. فللقاضى، طبقا لهذا المذهب، أن يستدرج الخصوم وأن يستعمل الحيل المختلفة للوصول إلى الحقيقة، كما أن له أن يسأل غير الخصوم ممن يعهد فيهم الصدق والأمانة، وله أيضا أن يقضى طبقا لما يعلمه شخصيا عن موضوع النزاع.

تقدير المذهب:

ميزة مذهب الاثبات الحر: مما لا شك فيه أن الدور الايجابى المخول للقاضى، يمكنه من المطابقة بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية، وبالتالى تحقيق أكبر قسط من العدالة.

عيوب المذهب: ينطوى مذهب الاثبات الحر على عيبين أساسين:

الأول: امكانية أن يسئ القاضى استخدام السلطة التقديرية الممنوحة له، فالقاضى بشر، ولا يخلو الحال من أن يحكم بهواه دون رقابة عليه، مما قد يؤدى فى النهاية إلى الجور والتحكم.

الثانى: أن الاختلاف فى التقدير من قاضى إلى آخر - حتى ولو لم يسئ هذا الأخير استخدام سلطته التقديرية - من شأنه أن يعرض المتقاضين للمفاجآت وأن يسلبهم الاطمئنان إلى ما يكون لديهم من أدلة على حقوقهم. الأمر الذى يؤدى إلى الاخلال بما يجب فى المعاملات من ثقة واستقرار.

٢- مذهب الاثبات القانونى أو المقيد:

فى هذا المذهب، على العكس من المذهب السابق، يحدد القانون الطريقة التى يصل بها القاضى إلى الحقيقة، فالقانون هو الذى يعين طرق الاثبات تعيينا دقيقا، ويحدد قيمة كل طريق منها، فلا يستطيع الخصوم أن يثبتوا حقوقهم بغير هذه الطرق. ولا يجوز للقاضى أن يقبل الاثبات بغيرها، أو أن يعطيها قيمة أقل أو أكثر من القيمة التى حددها القانون لها.

تقدير المذهب:

ميزة مذهب الاثبات القانونى: ظاهر أن هذا المذهب يقيد تماما من

سلطة القاضى التقديرية فى عملية الاثبات، فهو لا يستطيع أن يكمل الأدلة إذا كانت ناقصة، ولا أن يقضى بعمله الشخصى، وإنما يقتصر على ما مقدمه الخصوم من أدلة قانونية، ولذا فهذا المذهب، على عكس ما يعاب على المذهب السابق، يكفل تحقيق الاستقرار فى المعاملات، ويؤدى بالتالى إلى بعث الثقة والطمأنينة فى نفوس المتقاضين.

عيوب المذهب: من أهم العيوب التى يحملها هذا المذهب فى طياته أنه:

أولا: يعتبر القاضى كالآلة، فحريته فى التقدير معدومة نظرا لأنه مقيد بما يحدده القانون من أدلة وبقيمة كل دليل.

ثانيا: يباعد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية فى كثير من الحالات. فقد تكون الحقيقة الواقعية واضحة تمام الوضوح للقاضى، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بما يتفق معها إذا كان وصوله إلى هذه الحقيقة بغير طرق الاثبات التى حددها القانون، مما يؤدى فى النهاية إلى عدم تحقيق العدالة.

٣- مذهب الاثبات المختلط:

ويهدف هذا المذهب إلى التوفيق بين المذهبين السابقين، فهو لا يأخذ بالحرية المطلقة للقاضى فى عملية الاثبات، كما أنه لا يسلب القاضى سلطته التقديرية بالكامل، وإنما تتراوح أحكامه بين اطلاق الاثبات وتقييده. فهو فى المسائل التجارية أقرب إلى الاطلاق، نظرا لما تتطلبه التجارة من سرعة فى التعامل وثقة. بينما هو فى المسائل المدنية أقرب إلى التقييد فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للاثبات.

والملاحظ فى هذا المذهب أنه يتلافى ما فى المذهبين السابقين من عيوب ويأخذ ما فيهما من مزايا . فهو يأخذ فى المسائل المدنية بمذهب الاثبات القانونى. الأمر الذي يؤدى إلى الأخذ بمبدأ حياد القاضى وتحديد الأدلة التى تقبل للاثبات أمام القضاء، وتعيين قوة بعضها فى الاثبات. وهو بذلك يحقق الثبات والاستقرار فى المعاملات ويتجنب تحكم القاضى. ولكنه فى الوقت نفسه يخفف من مضار الاثبات القانونى، فيعطى للقاضى سلطة واسعة فى تقدير الأدلة التى لم يحدد لها القانون حجية معينة كالبينة والقرائن القضائية.

البند الثانى

موقف المشرع المصرى من المذاهب السابقة

٢٤٥- أخذ المشرع المصرى، فى تنظيم الاثبات، بمذهب يجمع بين التقييد والإطلاق، فهو يأخذ - كقاعدة عامة - بمذهب الاثبات المقيد فى المسائل المدنية، بما يترتب على ذلك من تحديد دور القاضى فى الاثبات، وفى تسيير الدعوى بصفة عامة، وهو ما يعبر عنه بمبدأ حياد القاضى. ولكنه من ناحية أخرى خفف من حدة هذا التقييد، حيث خول القاضى بعض السلطات التى من شأنها أن تمكنه من تسيير الدعوى وجمع الأدلة واستكمالها.

ونستعرض فيما يلى مضمون مبدأ حياد القاضى، ثم نبين النتائج المترتبة عليه، ونعرض أخيراً للحالات التى يجيز فيها القانون للقاضى أن يخرج على مقتضى هذا المبدأ.

أولا: مضمون مبدأ حياد القاضى:

لا يقصد بمبدأ حياد القاضى عدم تحيزه إلى أحد الخصمين فواجب عدم

التحيز هو من صميم وظيفة القاضى. وإنما يقصد به أن يلتزم القاضى بما يقدمه الخصوم من أدلة فى الدعوى، فيتولى تقديرها فى حدود القوة التى يعطيها القانون لكل دليل[1].

ثانيا: النتائج المترتبة على مبدأ حياد القاضى:

ظاهر أن هذا المبدأ يجعل دور القاضى سلبياً بحتاً. ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها ما يأتى:

١- أنه لا يجوز للقاضى أن يبنى حكمه على دليل تحراه بنفسه بعيدا عن الخصوم، كما لا يجوز له أن يستند فى حكمه إلى دليل مقدم فى قضية أخرى، إلا إذا كانت هذه القضية قد ضمت إلى الدعوى المطروحة أمامه وكانت بينهما رابطة[2].

٢- يجب على القاضى أن يطلع كل خصم على أدلة خصمه وأن يمكنه من مناقشتها، وهو ما يعبر عنه بمبدأ وجوب مجابهة الخصم بالدليل[3].

٣- لا يجوز للقاضى أن يستند فى حكمه إلى علمه الشخصى عن موضوع النزاع، إذ لو جاز ذلك لاعتبر علم القاضى دليلا فى القضية، وهذا ما يتنافى مع منع القاضى من الاستناد إلى دليل تحراه بنفسه. ومن ناحية أخرى

---

(١) راجع: سمير تناغو، النظرية العامة فى الاثبات ص ١٩، رقم ٨- عبد الودود يحى، دروس فى قانون الاثبات، رقم ١٦، ص ٢٣، عبد الحى حجازى، الاثبات فى المواد المدنية، رقم ٣٤، ص ٣٤.

(٢) راجع: عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، رقم ١٤، ص ١٦.

(٣) راجع: عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، رقم ١٤، ص ١٧، جميل الشرقاوى، المرجع السابق، رقم ١٠، ص ٢٤.

فإن قضاء القاضي بعلمه الشخصي يجيز لأي من الخصوم أن يستعمل حقه في مناقشة هذا الدليل، وهو ما يؤدي إلى أن يكون القاضي خصماً وحكماً في نفس الوقت وهذا أمر غير جائز(١).

٤- يلتزم القاضي بأن يسبب حكمه، فعليه أن يذكر كيفية تحصيله وقائع الدعوى والدليل الذي اعتمد عليه في ذلك وأسانيد التحصيل. وخلو الحكم من شئ من ذلك يجعله قاصرا في تسبيبه مما يوجب نقضه. ويجب التنويه أن الالتزام بتسبيب الحكم إنما يمكن من التحقق من أن القاضي قد التزم بمبدأ الحياد وما يفرضه عليه هذا المبدأ من قيود.

تلك هي النتائج المترتبة على مبدأ حياد القاضي، ويراعى أن الأخذ بهذا المبدأ على اطلاقه إنما يقعد بالقاضي في كثير من الحالات عن أن يصل إلى الحقيقة. ولهذا عالج المشرع المصري، والذي أخذ بالمذهب المختلط في تنظيم الاثبات، مساوئ هذا المبدأ بأن أعطى للقاضي، في بعض الحالات، دوراً ايجابياً في الكشف عن الحقيقة.

ثالثا - الاستثناءات الواردة على مبدأ حياد القاضي:

عبرت المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات عن أهمية الدور الايجابي للقاضي في عملية الاثبات بقولها ان المشرع قد حرص على «تحقيق مزيد من ايجابية القاضي وفاعليته بتزويده بمزيد من حرية الحركة في هذه المرحلة الهامة من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة الخصوم وحدهم،

---

(١) انظر: السنهوري، المرجع السابق، رقم ٢٧، ص ٤٩، ويراعى أنه لا يعتبر من قبيل قضاء القاضي بعلمه الشخصي أن يستند في حكمه إلى معلومات يفترض علم الكافة بها.

والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد أو هواة المطل».

وأهم مظاهر هذا الدور الايجابى للقاضى ما يأتى:

١- للقاضى أن يستجوب الخصوم (المادة ١٠٥ من قانون الاثبات).

٢- للقاضى أن يأمر من تلقاء نفسه بحضور الخصم لاستجوابه (المادة ١٠٦ من قانون الاثبات).

٣- للقاضى أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين (المادة ١١٩ من قانون الاثبات).

٤- للقاضى أن يقرر من تلقاء نفسه الانتقال للمعاينة (المادة ١٣١ من قانون الاثبات).

ننتهى إذا إلى أن المشرع المصرى لم يأخذ بمبدأ حياد القاضى على اطلاقه، بل هذب من هذا المبدأ بما خوله للقاضى من دور ايجابى فى تحقيق الدعوى واستكمال الأدلة.

الفرع الثاني

دور الخصوم فى الاثبات

٢٤٦- من المبادئ المقررة فى هذا الصدد أن الاثبات عبء وحق فى نفس الوقت. أما من ناحية العبء، فهذا يعنى أن كل من يدعى حقاً ما، يجب عليه أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه. وأما من ناحية كون الاثبات حقاً فهذا يعنى أنه متى توافرت فى الواقعة المدعى بها شروط معينة - سنعرض لها فيما بعد - كان للمدعى الحق فى اثباتها لتدعيم دعواه.

ونعرض فى بند أول لعبء الاثبات، ثم نعقب ذلك ببند ثان نتناول فيه الحق فى الاثبات.

البند الأول

عبء الاثبـــــــات

الأهمية العملية لتحديد عبء الاثبات:

٢٤٧- من غير المتصور أن يكون الاثبات واجباً على كل من الخصمين فى نفس الوقت. فلو كان الأمر كذلك لما أمكن الفصل فى أى نزاع، إذ أن كل خصم سيحاول التخلص من هذا الواجب بأن يلقى به على عاتق الخصم الآخر. ولذلك فإن عبء الاثبات إنما يقع على عاتق أحد الخصمين دون الخصم الآخر.

وهنا تبدو أهمية تحديد من يقع عليه عبء الاثبات من الخصوم. فتكليف أحد الخصمين بالاثبات إنما يضعه فى مركز دون مركز خصمه. فالقاضى لايستطيع أن يقر بأحقيته فى ادعائه ما لم يقم الدليل على صحة ما يدعيه. فإذا لم يتوافر هذا الدليل، بأن اعتراه غموض أو نقص، خسر المكلف بالاثبات دعواه. فى حين أن الخصم الآخر، والذى التزم موقفاً سلبياً، يعتبر كاسباً للدعوى دون أى مجهود من جانبه، حيث ليس على المنكر دليل.

القاعدة فى تحديد عبء الاثبات:

٢٤٨- وردت هذه القاعدة فى المادة الأولى من قانون الاثبات، والتى تنص على أنه «على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه».

فالقاعدة إذاً أن عبء الاثبات يقع على المدعى، أما المدعى عليه فلا يكلف بشىء، إذ يكفيه أن ينكر مزاعم خصمه. فإذا عجز المدعى على اقامة

الدليل علي صحة ما يدعيه، استفاد المدعى عليه من الوضع الثابت له وكسب الدعوى.

والمدعى، فى مجال الاثبات، هو كل خصم يدعى خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو فرضا:

أولا - الثابت أصلا:

تستند قاعدة تكليف من يدعى خلاف الثابت أصلا بعبء الاثبات إلى مبدأ مؤداه أن من يدعى خلاف الأصل إنما يستحدث جديدا، فعليه إذا أن يثبت هذا الجديد حتى يتمتع بالحماية القانونية اللازمة. أما من يتمسك بالثابت أصلا فلا يكلف بالاثبات، حيث أنه يستفيد من قرينة بقاء الأصل على أصله.

ولايضاح ما تقدم نجد مثلا أن الأصل فى مجال الحقوق الشخصية هو براءة الذمة من أي التزام. فإذا ادعى شخص أنه أقرض آخر مبلغاً من المال فعليه اقامة الدليل على صحة ما يدعيه، وذلك بأن يثبت عقد القرض. فإذا أنكر المدعى عليه واقعة القرض، فإن انكاره يتفق مع الأصل وهو براءة الذمة ولا يكلف بالتالى بأى اثبات. كذلك فإن الأصل فى مجال الحقوق العينية هو احترام الوضع الثابت ظاهرا، فمن يضع يده على الشئ، ويمارس عليه سلطات المالك من استعمال واستغلال أمام الناس، يعتبر مالكه. فحائز العقار مثلا يعتبر بحسب الظاهر هو المالك، ولايطالب باثبات ملكيته للعقار. فإذا ادعى شخص آخر أنه مالك العقار فهو يتمسك بما يخالف الثابت ظاهرا، ويلتزم بالتالى باقامة الدليل على صحة ما يدعيه.

ثانيا- الثابت عرضا:

قد ينجح المدعى فى اثبات عكس الوضع الثابت أصلا. مثال ذلك أن

يتوصل من يدعي بدين على آخر إلى اثبات مديونية هذا الأخير. وفي هذه الحالة ينتفي الوضع الثابت أصلا، وهو براءة الذمة، وتصبح المديونية هي الوضع الثابت عرضاً، ويكون على المدين اثبات براءة ذمته وذلك بأن يثبت انقضاء الدين بسبب من أسباب الانقضاء. وهنا نجد أن الوضع قد انقلب حيث أصبح المدين مدعياً، لا خلافاً للوضع الثابت أصلا، بل خلافاً للوضع الثابت عرضاً وهو مديونيته.

ثالثا: الثابت فرضا (القرينة القانونية):

تنص المادة ٩٩ من قانون الاثبات على أن «القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

ويستند هذا النص إلى حكمة مؤداها أن عبء الاثبات قد يبلغ في بعض الأحيان حداً من الصعوبة يجعل المدعي غير قادر على اقامة الدليل على صحة ما يدعيه. وفي مثل هذه الأحوال أجاز المشرع للمدعي أن يثبت واقعة أخرى متصلة بالواقعة التي يدعيها، غالبا ما تكون سهلة الاثبات. فإن هو نجح في ذلك افترض ثبوت الواقعة المتنازع عليها، لأن الغالب والمألوف أن تثبت الواقعة الأخيرة بمجرد ثبوت الواقعة الأولى. والقرينة بهذا المعنى لا يمكن إلا أن تكون بسيطة، أي يمكن اثبات عكسها، وذلك لأنها تقوم على الرجحان والغالب لا على اليقين[1].

---

(١) انظر في هذا المعنى: لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١٢، ص ٢٢، جميل الشرقاوي، المرجع السابق، فقرة ١١، ص ٢٩.

ومن أوضح ما يساق من أمثلة لما تقدم، ما تنص عليه المادة ٥٨٧ من القانون المدنى من أن «الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك». فقد أنشأ المشرع قرينة قانونية لصالح المستأجر مؤداها أن اثبات الوفاء بأحد الأقساط اللاحقة يعتبر دليلا على الوفاء بالأقساط السابقة. ولكنها قرينة بسيطة، حيث يجوز للمؤجر أن يثبت أن المستأجر لم يوف بالأقساط السابقة، وهو فى هذه الحالة يدعى خلاف الثابت فرضا.

البند الثانى

الحق فى الاثبات

٢٤٩- سبق القول أن الاثبات عبء وحق فى نفس الوقت. فهو إن كان واجبا على كل من يدعى بحق ما، إلا أنه أيضا حق للشخص، إذ من حقه، إذا ما توافرت فى الواقعة محل الاثبات شروط معينة[1]، أن يقيم الدليل على صحة هذه الواقعة. ويلتزم القاضى بأن يمكن الخصم من ممارسة هذا الحق، وإلا كان حكمه مشوبا بالاخلال بحق الدفاع مما يستوجب نقضه.

وحق الخصم فى الاثبات يقابله حق الخصم الآخر فى مناقشة وتفنيد أدلة خصمه، ذلك أنه إذا كان للمدعى أن يقيم الدليل على صحة دعواه، فيجب أن يكون للطرف الآخر الحق فى اثبات العكس، وهذا ما يقتضي أن يعرض عليه كل ما يقدم من أدلة فى الدعوى حتى يتمكن من مناقشتها وتفنيدها (مبدأ المواجهة بالدليل).

---

(١) سنتولى بيان هذه الشروط عند دراستنا لمحل الاثبات.

ويرتبط مبدأ حق الخصوم فى الاثبات وفى مناقشة الأدلة بقاعدة عدم جواز الزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه، وقاعدة عدم جواز أن يصطنع الخصم دليلا لنفسه:

القاعدة الأولى - لا يجوز اجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه:

٢٥٠- عبرت محكمة النقض المصرية عن مضمون هذه القاعدة بقولها ان «من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه»[١]. غير أن هذه القاعدة وإن كانت تجد ما يبررها من الناحية القانونية[٢]، إلا أنها لا تجد ما يبررها من ناحية العدالة، إذ يناهضها، كما قيل بحق[٣]، التزام أخلاقى على عاتق كل خصم بأن يسعى إلى قول الصدق واثبات الحقيقة. ومهما قيل من عدم اطلاق هذا الالتزام، إلا أنه لا يجوز القول بعكسه أى بتشجيع الخصم فى التستر على الحقيقة واخفائها.

غير أنه يستثنى من القاعدة السابقة حالات ثلاث[٤]، يجوز فيها للخصم أن يلزم خصمه بتقديم ما تحت يده من محررات منتجة فى الدعوى، وهذه الحالات هى:

١- إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بهذا المحرر أو تسليمه. مثال

---

(١) نقض مدنى ١٩٤٠/٤/١١، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما، جـ ١، ص ٢٦، رقم ٣.

(٢) وذلك على أساس أن المسلم به فى عبء الاثبات أن يلتزم المكلف به بتقديم الدليل المؤيد لدعواه دون أن يكلف الطرف الآخر بتقديم ما قد يكون حجة عليه فى الدعوى.

(٣) انظر: سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٤) وردت هذه الحالات على سبيل الحصر فى المادة ٢٠ من قانون الاثبات.

ذلك ما يجيزه **القانون التجاري** من أنه يجوز للمحكمة في حالات معينة أن تأمر من تلقاء نفسها الاطلاع على دفاتر التاجر أو بتقديمها، وذلك لاثبات حق مدعى به أو لاستخراج بيانات متعلقة بالدعوى[1].

٢- إذا كان المحرر مشتركا بين الخصمين. ويكون المحرر مشتركا بين الخصمين إذا كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة، كالمستندات المتعلقة بشركة بين الخصمين.

٣- إذا استند أحد الخصمين إلى المحرر فى أى مرحلة من مراحل الدعوى.

القاعدة الثانية - لا يجوز أن يصطنع الخصم دليلا لنفسه:

٢٥١- تمتاز هذه القاعدة، على عكس القاعدة السابقة، بالمنطقية والوضوح، فمن غير المتصور أن يقبل من الخصم دليلا اصطنعه لنفسه ضد خصمه فى الدعوى. إذ لو جاز ذلك «لادعى، كما جاء فى الحديث الشريف، أناس دماء رجال وأموالهم»، ولما أمن إنسان على نفسه أو ماله. وما من شك أن فى هذا الاخلال بالمبادئ العامة فى الاثبات، بل وبأساس وجود القانون وهو تحقيق العدل والاستقرار.

وعلى هذا، فلا يجوز أن يكون دليل المدعى على صحة دعواه مجرد أقواله وادعاءاته، أو ورقة صادرة منه أو مذكرات دونها بنفسه. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن الشخص لا يملك أن يتخذ من عمل نفسه لنفسه دليلا يحتج به على الغير»[2].

---

(١) المادة ٢٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٣/٦/١٢، مجموعة أحكام النقض، س ٢٤، ص٨٩٤، رقم ١٥٧ - وانظر كذلك: نقض مدنى ١٩٧٧/٣/١٣ مجموعة أحكام النقض، س٢٨، ص٦٧١، رقم١٢٢.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فهناك حالات ينص فيها القانون على جواز أن يتمسك الخصم بدليل صدر منه. مثال ذلك ما تقضى به المادة ١/١٧ من قانون الاثبات من جواز أن يستند التاجر إلى دفاتر لاثبات ما ورده إلى عملائه. وما تقضى به ذات المادة من أن للقاضى أن يقبل ما دونه التاجر فى دفاتره، وذلك لأجل الاثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية، إذا كانت الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً.

الفرع الثالث

محل الاثبات

محل الاثبات هو الواقعة القانونية المنشئة للحق:

٢٥٢- الهدف من الاثبات هو التدليل على وجود الحق، ولذا قد يتبادر إلى الذهن أن محل الاثبات هو الحق المدعى به. غير أن نظرة فاحصة تثبت ما فى هذا التصور من خلط غير مقبول. فالحق فكرة مجردة تستعصى عقلا على الاثبات[1]، وثبوته لشخص من الأشخاص إنما يتوقف على تحقق الواقعة القانونية التى يرتب عليها القانون هذا الحق.

فالاثبات إذا لا يرد على الحق ذاته، وإنما يرد على مصدر الحق المدعى به، أى على الواقعة القانونية المنشئة للحق. وهذه الأخيرة، إما أن تكون تصرفا قانونيا وهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين (كالعقود)، وإما أن تكون واقعة مادية. وهذه الأخيرة قد تكون واقعة طبيعية كالفيضان أو الزلزال أو الوفاة. وقد تكون فعلا ماديا يصدر عن الإنسان كارتكاب جريمة، حيث يترتب

---

(١) انظر: سمير تناغو، المرجع السابق، رقم ١٤، ص ٤٥.

على ذلك نشوء حق للمضرور فى مطالبة مرتكب الجريمة بالتعويض.

شروط الواقعة القانونية محل الاثبات:

٢٥٣- تنص المادة الثانية من قانون الاثبات على أنه «يجب أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزا قبولها». ومن هذا النص نستخلص شروطاً ثلاث، ينبغى توافرها فى الواقعة محل الاثبات، هى:

أولا - يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به: ويقصد بذلك أن تكون الواقعة المراد اثباتها متصلة بموضوع الدعوى مباشرة أو تؤدى إليه عقلا وإلا لما استلزم الأمر اثباتها. والحكمة من هذا الشرط هى حرص المشرع على عدم اضاعة وقت القضاء فيما لا جدوى من وراء اثباته. وترتيبا على ذلك ليس للمدين الذى يريد اثبات براءة ذمته من دين معين أن يثبت الوفاء بدين آخر.

ثانيا - يجب أن تكون الواقعة منتجة فى الاثبات: فالواقعة المنتجة فى الاثبات هى التى يؤدى اثباتها إلى اقناع القاضى بصحة ما يدعيه الخصم الذى يستند إليها. وكون الواقعة منتجة فى الاثبات يؤدى بالضرورة إلى أن تكون متعلقة بالحق المتنازع فيه، ولكن العكس غير صحيح، فليس كل واقعة متعلقة بالنزاع هى بالضرورة منتجة فى الاثبات. مثال ذلك أن يطالب شخص بملكية عقار بالتقادم على أساس أنه وضع يده عليه مدة عشر سنوات. ففى هذه الحالة فإن واقعة وضع اليد، رغم تعلقها بالحق المطالب به، إلا أنها غير منتجة فى الاثبات إذ أن ثبوتها لن يؤدى إلى اكتساب الملكية نظراً لعدم اكتمال مدة التقادم اللازمة وهى ١٥ سنة.

ثالثا - **يجب أن تكون الواقعة جائزة القبول:** وجواز القبول، فى هذا المقام، هو قبول الاثبات العقلى والقانونى معا. فلا يقبل من شخص أن يثبت بنوته ممن هو أصغر منه سنا لاستحالة ذلك عقلا. كما لا يقبل اثبات واقعة يحرم القانون اثباتها، مثال ذلك عدم جواز اثبات دين القمار، أو بيع تركة إنسان على قيد الحياة، وعدم جواز اثبات العلاقات غير المشروعة لما فى ذلك من مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

بذلك نكون قد عرضنا للمبادئ الأساسية للاثبات القضائى، وننتقل فيما يلى إلى دراسة طرق أو أدلة الاثبات.

المطلب الثانى

طرق أو أدلة الاثبات

٢٥٤- حدد المشرع طرق أو أدلة الاثبات التى يجوز استخدامها أمام القضاء فى قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، وهى: الكتابة، وشهادة الشهود، والقرائن، والاقرار، واليمين، والمعاينة، والخبرة. ومقتضى ذلك أن يلتزم الخصم بهذه الطرق إذا ما أراد أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه. كما أن القاضى مقيد هو الآخر بوجوب التزامها. فلا يجوز بالتالى تجاوز هذه الطرق أو الاتفاق على مخالفتها باضافة وسيلة أخرى لم يقرها القانون.

وسنكتفى، فيما يلى، بالقاء الضوء على الأحكام الأساسية لطرق الاثبات المختلفة طبقا للترتيب الذى وردت به فى قانون الاثبات:

الفرع الأول

الكتابـــــــــة

٢٥٥- الكتابة، كدليل من أدلة الاثبات، هى ما تم تدوينه فى محرر من بيانات وتقريرات ترجع وجود تصرف قانونى معين. وهى تأتى فى المقام الأول بين أدلة الاثبات بعد أن كان هذا المقام متروكا لشهادة الشهود فيما مضى من أزمنة غابرة. ويرجع ذلك إلى أن الكتابة تعد مقدما قبل حدوث أى نزاع، فهى دليل تم اعداده مسبقاً. وهذا الدليل يسهل من مهمة القاضى عند قيام النزاع. فالدليل الكتابى يحدد مركز الشخص تحديدا دقيقا وواضحا ولا يتأثر بمضى الزمن، ولذا فهو يتلافى ما قد يتعرض له الحق من ضياع إذا ما أصيب الشاهد بمرض فى الذاكرة أو إذا مات قبل قيام النزاع.

ولقد نص قانون الاثبات على نوعين من المحررات: **الأول** هو المحررات الرسمية، **والثانى** هو المحررات العرفية:

البند الأول

المحررات الرسمية

٢٥٦- المحررات الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه (م ١٠ اثبات). من هذا التعريف يتضح أن هناك **شروطاً ثلاثة** ينبغى توافرها لكى يكتسب المحرر صفة الرسمية:

أولا - صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:

والموظف العام، أو الشخص المكلف بخدمة عامة، هو كل شخص تعينه الدولة لإجراء عمل من الأعمال المتعلقة بها أو لتنفيذ أمر من أوامرها . ومثال الموظف العام القاضي فيما يتعلق بالأحكام التي يقوم بتحريرها، وكاتب الجلسة بالنسبة لتحرير محاضر الجلسات، والموثق بالنسبة للتصرفات التي يقوم بتوثيقها . ومثال المكلف بخدمة عامة الخبير فيما ندب له، والمأذون فيما يتعلق بعقود الزواج واشهادات الطلاق، والعمدة، وشيخ البلد.

ثانيا - تدوين المحرر طبقا للأوضاع القانونية: فتحرير الأحكام القضائية يخضع لأوضاع معينة يجب على القاضي احترامها، وتحرير الاعلانات القضائية ومحاضر التنفيذ يجب أن يتم من المحضر وفقا للأوضاع القانونية المقررة في هذا الشأن، وتوثيق التصرفات القانونية يجب أن يتم من جانب الموثق وفقا للأوضاع القانونية الواجبة الاتباع في هذا الصدد .

ثالثا - صدور المحرر في حدود سلطة واختصاص الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة: فالموظف العام يجب أن تكون له سلطة اصدار المحرر، وهذا ما يقتضي أن تكون له ولاية اصدار هذا المحرر[1]، كذلك يجب أن يكون الموظف مختصا باصدار المحرر من الناحيتين الموضوعية والمكانية.

فإذا استكمل المحرر الرسمي هذه الشروط، افترض صدوره من الأشخاص الذين وقعوا عليه، وافترض أيضا صحة ما تضمنه من بيانات. ويترتب على ذلك اعتبار المحرر حجة على كافة الناس دون حاجة إلى الاقرار به، فلا يلتزم من

(١) وتنتفي الولاية إذا تم اصدار المحرر بعد عزل الموظف أو وقفه عن عمله أو نقله إلى مكان آخر أو حلول غيره محله لأي سبب من الأسباب. ويترتب على ذلك بطلان المحرر.

يحتج به أن يقيم الدليل على صحته. ويكون على الخصم الذى يدعى بطلان المحرر الرسمى أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه وهو لن يستطيع ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير (م ١١ اثبات).

البند الثانى

المحررات العرفية

٢٥٧- المحررات العرفية هى الأوراق التى يحررها ذوى الشأن فيما بينهم دون أن يتدخل موظف عام فى تحريرها. فالفرق إذا بين المحرر العرفى والمحرر الرسمى أن الأول يصدر عن الأفراد، أما الثانى فيصدر عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.

وهناك نوعان من المحررات العرفية:

- **النوع الأول:** ويشمل المحررات العرفية التى أعدت مقدماً للاثبات، ومثالها العقود التى يحررها الأفراد فيما بينهم. وهذه المحررات لايشترط فيها سوى أن تكون موقعة ممن يحتج عليه بها سواء أكان التوقيع بالامضاء أو بالختم أو ببصمة الاصبع.

وتعتبر هذه المحررات حجة بما دون فيها على من وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة (م ١٤ اثبات). وفى هذه الحالة يكون للقاضى حرية اختيار الوسيلة التى يرى أنها تؤدى إلى ظهور الحقيقة، فله أن يأمر بتحقيق الخطوط بالمضاهاة، أو أن يأمر بسماع الشهود، أو أن يلجأ إلى الوسيلتين معاً إذا رأى لزوما لذلك.

النوع الثانى: ويشمل المحررات العرفية التى لم تعد مقدماً للاثبات،

فهى أدلة عارضة. والغالب ألا تكون هذه المحررات موقعة، ومع ذلك تكون لها حجية فى الاثبات تتفاوت قوة وضعفا بحسب ما يتوافر لها من عناصر الاثبات. ومن أمثلة هذه المحررات ما يأتي:

١- الرسائل والبرقيات: فالرسائل الموقع عليها تكون لها قيمة المحرر العرفى فى الاثبات. وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصل البرقية الموقع عليه موجودا فى مكتب التصدير. أما إذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس (م ١٦ اثبات).

٢- الدفاتر التجارية: فهى تعتبر حجة على التجار أنفسهم، غير أنه إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها من بيانات ويستبعد منها ما كان مناقضا لدعواه. ولا يحتج بالدفاتر التجارية على غير التجار، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساسا يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز اثباته بالبينة (م ١٧ اثبات).

٣- الدفاتر والأوراق المنزلية: وتشمل ما يحرره الأفراد لأنفسهم من مذكرات وأوراق خاصة بمعاملاتهم وشئونهم المالية والمنزلية. وهى لا تكون حجة على من صدرت منه إلا فى حالتين حددتهما المادة ١٨ من قانون الاثبات:

الأولى: أن يذكر فيها صاحب الشأن صراحة أنه استوفى دينا.

والثانية: أن يذكر صاحب الشأن صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته. مثال ذلك أن يقترض شخص مبلغا من آخر، ويرفض المقرض أن يأخذ سندا بالدين من المقترض، فيقوم هذا الأخير باثبات هذا الدين فى أوراقه.

٤- **التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين:** فإذا أشر الدائن على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين، فإن هذا يعتبر حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، حتى ولو لم يكن التأشير موقعاً من الدائن طالما أن السند لم يخرج من حيازته. وينطبق نفس الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة، وكانت هذه النسخة أو المخالصة فى يد المدين (م ١٩ اثبات).

البند الثالث

الحالات التى أوجب فيها القانون الاثبات بالكتابة

٢٥٨- من أهم ما يميز المحررات المكتوبة، سواء أكانت رسمية أم عرفية، أنها تعتبر من أدلة الاثبات المطلقة، فهى تصلح لاثبات كافة التصرفات القانونية أيا كانت قيمتها، كما أنها تصلح أيضا لاثبات الوقائع المادية.

ومع ذلك فإن التصرفات القانونية تعتبر المجال الحيوى الذى يظهر فيه بوضوح استلزام الكتابة للاثبات، وذلك على اعتبار أن الوقائع المادية لا تسمح باعداد الدليل الكتابى بشأنها مقدما، أى قبل قيام النزاع، نظرا لعدم توقع أو انتظار حدوثها أصلا.

غير أن المشرع المصرى، رغبة منه فى التيسير على الأفراد فى معاملاتهم لم يستلزم اثبات التصرفات القانونية بالكتابة فى جميع الأحوال وإنما تطلب ذلك بالنسبة لبعض التصرفات دون البعض الآخر، حيث نص على حالتين تجب فيهما الكتابة لاثبات التصرف القانونى:

الحالة الأولى - وهي حالة ما إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان هذا التصرف غير محدد القيمة: فالمادة ٦٠ من قانون الاثبات تقضي بأنه «في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

وعلى ضوء هذا النص تتحدد الشروط الواجب توافرها في التصرف القانوني الواجب الاثبات بالكتابة:

فيجب أن يكون هذا التصرف مدنيا لا تجاريا، فالتصرفات التجارية يجوز اثباتها بشهادة الشهود أو بالقرائن مهما بلغت قيمتها. وعلة ذلك أن المعاملات التجارية تستلزم السرعة والبساطة وتقوم على الثقة بين المتعاملين، وبالتالي فإن اشتراط الكتابة لاثباتها قد يؤدي إلى تعطيلها.

ويجب ثانيا أن تزيد قيمة التصرف على خمسمائة جنيه، وقد راعي المشرع في ذلك أن التصرفات القانونية التي تقل قيمتها عن هذا الحد تكون قليلة الأهمية، واستلزام الكتابة لاثباتها ينطوي على تعقيد هذه المعاملات بلا مبرر.

ويجب أخيرا ألا يكون طالب الاثبات من الغير بالنسبة للتصرف. وهذا أمر بدهي فالغير لم يكن طرفا في التصرف وبالتالي لم يكن باستطاعته الحصول علي دليل كتابي وقت ابرامه، ومن ثم يجوز له أن يثبته بكافة طرق الاثبات بما في ذلك البينة والقرائن، ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه.

الحالة الثانية - استلزام الكتابة في اثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة: وهذا ما نصت عليه المادة ٦١ من قانون الاثبات بقولها أنه: «لايجوز الاثبات

بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه:

١- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى».

وتتحدد شروط تطبيق هذا النص على النحو التالى:

يجب أولا أن يوجد دليل كتابى: ويشترط أن يكون هذا الدليل الكتابى كاملا، وهو يكون كذلك إذا كان محررا رسميا، أو محررا عرفيا أعد للاثبات، أو محررا عرفيا لم يعد للاثبات ولكنه يحمل توقيع من صدر عنه، كالرسائل الموقعة.

ويجب ثانيا أن يكون الدليل الكتابى مثبتا لتصرف قانونى مدنى: وهذا الشرط لا خلاف عليه رغم أنه لم ينص عليه صراحة. فالمواد التجارية لا تخضع لقاعدة وجوب اثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة بالكتابة. وعلى ذلك يجوز اثبات ما يخالف التصرف التجارى الثابت بالكتابة بشهادة الشهود.

ويجب ثالثا أن يكون المراد اثبات مخالفا أو مجاوزا لما اشتمل عليه الدليل الكتابى: فإذا ما تعلق الأمر باثبات ما يخالف الثابت كتابة فمعنى هذا أن طالب الاثبات يريد مناقضة المكتوب، أى تكذيبه. فمثلا إذا كان الثابت كتابة أن هناك بيعا قد تم وأن المشترى دفع الثمن بالكامل للبائع، فلا يستطيع هذا الأخير أن يثبت بغير الكتابة أن الثمن لم يدفع. أما إذا تعلق الأمر باثبات ما يجاوز الثابت كتابة، فهذا يعنى اضافة إلى ما هو مكتوب. مثال ذلك أن يدعى المشترى أن هناك اتفاقا بينه وبين البائع على أن يكون دفع ثمن المبيع على أقساط، فى حين أن عقد البيع المكتوب لم يذكر فيه تقسيط الثمن. فى هذه الحالة لا يجوز للمشترى اثبات هذه الاضافة إلا بالكتابة، لأن ذلك يعتبر اثباتا لما يجاوز ما اشتمل عليه عقد البيع المكتوب.

ويجب أخيرا ألا يكون طالب الاثبات من الغير: فقاعدة وجود الكتابة فى اثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة لا تنطبق إلا فيما بين أطراف التصرف، إذ كان بوسع كل منهم الحصول على الكتابة وقت ابرام التصرف.

الفرع الثانى

شهادة الشهود

تعريف شهادة الشهود:

٢٥٩- يقصد بشهادة الشهود أن يخبر الشخص أمام القضاء عن ادراكه، بحاسة من حواسه، لواقعة صدرت من شخص آخر ويترتب عليها حق لشخص ثالث[١]. مثال ذلك أن يرى الشخص حادث سيارة فيخبر القضاء بما شاهده، أو أن يحضر الشاهد انعقاد عقد معين ويسمع تبادل المتعاقدين لعبارات الايجاب والقبول فيخبر أمام القضاء بما سمع، أو أن يسمع الشاهد طلب المقترض للقرض من المقرض ويرى هذا الأخير وهو يسلم مبلغ القرض فيشهد أمام القضاء بما سمع ورأى[٢].

الحالات التى يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود:

٢٦٠- الاثبات بشهادة الشهود إما أن يكون جائزا بحسب الأصل، وإما أن يكون جائزاً على سبيل الاستثناء:

فالاثبات بشهادة الشهود يجوز بحسب الأصل فى الحالات الآتية:

---

(١) راجع: لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١١٨، ص ١٤٢ - عبد الودود يحى، المرجع السابق، فقرة ٦٤، ص ٩٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٣/١٧، مجموعة أحكام النقض، س ٢٧، ص ٦٨٥.

أولا - الوقائع المادية: فالمادة ٦٠ من قانون الاثبات، التى تتطلب الكتابة لاثبات التصرفات التى تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه، تستبعد الوقائع المادية من نطاق حكمها. فهذه الوقائع يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات، نظراً لأن طبيعة هذه الوقائع لا تسمح باعداد الدليل الكتابى قبل وقوعها وذلك لعدم توقع حدوثها أصلا.

ثانيا - التصرفات التجارية: فهى التصرفات يجوز اثباتها بشهادة الشهود مهما كانت قيمتها[1]. ولقد سبق أن أوضحنا الحكمة من جواز اثبات هذه التصرفات بشهادة الشهود هى حاجة المعاملات التجارية إلى السرعة والبساطة مما يتنافى مع استلزام الكتابة لاثباتها.

ثالثا - التصرفات المدنية التى لا تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه: فالمادة ٦٠ من قانون الاثبات تخرج هذه التصرفات من نطاق حكمها، حيث يجوز اثباتها بشهادة الشهود. ولقد سبق أن أوضحنا أيضا أن التصرفات التى لا تزيد قيمتها عن خمسمائة جنيه تكون قليلة الأهمية، واستلزام الكتابة لاثباتها ينطوى على تعقيد هذه المعاملات بلا مبرر[2].

أما عن الحالات التى يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود على سبيل الاستثناء، فهى حالات كان يجب بحسب الأصل اثباتها بالكتابة ولكن تعذر هذا الاثبات فأجيز اثباتها بشهادة الشهود. ولقد ورد النص على هذه الحالات فى المادتين ٦٢ و٦٣ من قانون الاثبات وهى:

---

(١) ومع ذلك فإن المشرع قد يتطلب اثبات بعض التصرفات التجارية بالكتابة، كما هو الحال بالنسبة للأوراق التجارية، وعقود الشركات التجارية، وعقود بيع السفن وايجارها.

(٢) راجع عبد الودود يحى، المرجع السابق، فقرة ٤٣، ص ٧٠.

١- وجود مبدأ ثبوت بالكتابة[1].

٢- وجود مانع مادى أو أدبى حال دون الحصول على دليل كتابى.

٣- فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه.

هذا عن الحالات التى يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود سواء بحسب الأصل أو على سبيل الاستثناء، ويبقى أن نشير أخيراً إلى أن شهادة الشهود لا تتمتع بنفس الحجية التى يتمتع بها الدليل الكتابى فى الاثبات، فهى تخضع لسلطة القاضى التقديرية، أى أن للقاضى سلطة واسعة فى تقدير قيمة الشهادة فى الاثبات أياً كان عدد الشهود وأيا كانت صفاتهم، وهو لا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض[2].

الفرع الثالث

القرائــــــن

تعريفها وأنواعها:

٢٦١- القرينة هى استنباط واقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة. وهى إما أن تكون قضائية يستنبطها القاضى من وقائع وظروف الدعوى المعروضة عليه، وإما أن تكون قانونية يستنبطها المشرع نفسه من حالات يغلب وقوعها عملا وينص عليها فى صيغة مجردة.

وأيا كان نوع القرينة فهى تعتبر من الطرق غير المباشرة للاثبات إذ أن

(١) عرفت المادة ٢/٦٢ من قانون الاثبات مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال. من أمثلة ذلك أن ورقة شطب الدين تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على أن الدائن استوفى حقه، كذلك قد يعتبر توقيع الدائن على محضر جرد تركة مدينه المتوفى مع عدم ذكر الدين مبدأ ثبوت على أنه استوفى دينه.

(٢) راجع: نقض مدنى ١٩٧٦/٣/٢٣، مجموعة أحكام النقض، س ٢٧، ص ٧٢٨.

دلالتها لا تنصب مباشرة على الواقعة المتنازع عليها وإنما على واقعة أخرى يرى القانون أو القاضى أن ثبوتها لا يعتبر دليلا على ثبوت الواقعة المنازع عليها.

هذا ويلاحظ أن التحليل الدقيق لنوعى القرائن يوضح أن القرينة القضائية هى التى تعتبر من أدلة الاثبات بمعنى الكلمة، لأن القاضى هو الذى يستنبطها من وقائع الدعوى. أما القرينة القانونية فهى ليست دليلا من أدلة الاثبات بقدر ما هى سبب لنقل عبء الاثبات أو الاعفاء منه. فهى تنقل عبء الاثبات من الخصم المكلف به طبقا للقواعد العامة إلى الخصم الآخر إذا كانت قرينة قانونية بسيطة(١)، بينما هى تعفى من الاثبات نهائيا إذا كانت قرينة قانونية قاطعة(٢).

وعلى ذلك نكتفى بكلمة موجزة عن القرائن القضائية، فنحدد المقصود بها، وقيمتها فى الاثبات، وأخيراً الحالات التى يجوز فيها الاثبات بالقرائن القضائية:

المقصود بالقرائن القضائية:

٢٦٢- قدمنا أن القرينة القضائية هى التى يستنبطها القاضى من ظروف

---

(١) الأصل فى القرائن القانونية أن تكون بسيطة أى يجوز اثبات عكسها بكافة طرق الاثبات، فهى تقوم على مجرد احتمال قد يصدق وقد لا يصدق. لذلك فمن المنطقى أن تكون قابلة لاثبات العكس، نظرا لاحتمال عدم مطابقتها للواقع. ومن أمثلة القرائن القانونية البسيطة ما تنص عليه المادة ٩١ من القانون المدنى من أنه يعتبر وصول التعبير عن الإرادة قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

(٢) اختلف رأى الفقه فى شأن القرائن القاطعة، فهناك من يرى أن القرينة القانونية القاطعة هى التى لا يجوز اثبات عكسها على الاطلاق (انظر: سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٢، ص١١٧)، وهناك من ينفى وجود ما يسمى بالقرائن القاطعة مقررا أن جميع النصوص التى يعتقد البعض أنها تعبر عن قرائن قاطعة هى فى الواقع نصوص مقررة لقواعد موضوعية لا لقرائن قانونية (راجع: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧). وهناك أخيرا من يرى أن القرائن القاطعة هى التى لا يمكن اثبات عكسها إلا عن طريق الاقرار أو اليمين (انظر: السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٣٣٢، ص ٧٩٢ - لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١٤٨، ص ١٧٣).

ووقائع النزاع. وحق القاضى فى هذا الاستنباط مقرر بنص الفقرة الأولى من المادة ١٠٠ من قانون الاثبات والتى تنص على أنه «**يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون**»[1].

والقرائن القضائية لا يمكن حصرها، فهى تختلف باختلاف الظروف والوقائع المعروضة على القاضى. ومن الأمثلة عليها أن يتخذ القاضى من رابطة القرابة بين البائع والمشترى قرينة على صورية عقد البيع، أو أن يعتبر القاضى أن حيازة شخص لايصال ايداع مبلغ لحساب شخص آخر فى بنك قرينة على حصول هذا الايداع.

ويتضح مما سبق أن الاثبات بالقرائن القضائية **يفترض توافر عنصرين: الأول** هو الواقعة الثابتة والمعلومة للقاضى، كواقعة القرابة فى المثال الأول، وواقعة وجود ايطال الايداع لدى المودع فى المثال الثانى. **والعنصر الثانى** هو استنباط الواقعة المتنازع عليها - كواقعة الصورية فى المثال الأول وحصول الايداع فى المثال الثانى - من الواقعة الثابتة.

قيمة القرائن القضائية فى الاثبات:

٢٦٣- اعترف المشرع للقاضى بسلطة واسعة فى استنباط القرائن القضائية. ولذلك فإن قيمتها فى الاثبات ترتبط ارتباطا وثيقا بهذه السلطة التقديرية التى يتمتع بها القاضى.

فالقاضى يتمتع بحرية مطلقة فى استنباط القرينة التى يأخذ بها من أية

---

(١) وهى وسيلة تساعد القاضى فى الاثبات ليصل إلى الحقيقة عن طريق استنباط الخفى من عناصر الدعوى من خلال الظاهر من معالمها، وقد يكون ذلك من قرينة واحدة، وقد يكون من عدد من القرائن المتساندة تؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى خلص إليها. وفى هذه الحالة الأخيرة لا يجوز تجزئة هذه القرائن ومناقشة كل منها على حده لاثبات عدم كفايتها (نقض ٢١ يوليو سنة ١٩٨٠ أشار إليه سليمان مرقص، الجزء الثانى ص ٩٦: طعن ٩٦٩ س ٤٦ ق)

واقعة من الوقائع الثابتة أمامه. كما أنه يتمتع بحرية مطلقة فى تكوين اقتناعه، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوية الدلالة[١] ولا يقتنع بعدة قرائن يرى أنها ضعيفة الدلالة وهذا ما يفيد أن القرينة القضائية تعتبر من الأدلة التقديرية، فهى ليست ملزمة للقاضى مثلها فى ذلك مثل شهادة الشهود، كما سبق أن رأينا.

الحالات التى يجوز فيها الاثبات بالقرائن القضائية:

٢٦٤- حددت الفقرة الثانية من المادة ١٠٠ من قانون الاثبات هذه الحالات بنصها على أنه «لا يجوز الاثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الاثبات بشهادة الشهود».

ويتضح من هذا النص أن الاثبات بالقرائن القضائية يقتصر على الحالات التي يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود. ولقد سبق أن أشرنا إلى أن هناك حالات يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل وهى الوقائع المادية، والتصرفات التجارية، والتصرفات المدنية التى لا تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيه. وهناك حالات أخرى يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود على سبيل الاستثناء وهى حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، وحالة وجود مانع مادى أو أدبى من الحصول على دليل كتابى، وحالة فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه.

وعلى ذلك فإن الاثبات بالقرائن القضائية يكون جائزاً إذا ما تعلق الأمر بحالة من الحالات السابقة.

---

(١) حيث أن من القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى بكثير من البينة والاقرار، وهما خبران يتطرق رليهما الصدق والكذب: نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٦٦ س١٧- ٦٦ - ٩٢.

الفرع الرابع

الاقـــــرار

تعريفه:

٢٦٥- الاقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة[١].

والاقرار يعتبر من الطرق غير العادية للاثبات، فهو يحسم النزاع بشأن الواقعة التى يقر بها الخصم فلا يكون هناك محل لاثباتها. فالواقعة المدعى بها لا تكون واجبة الاثبات إلا إذا كانت محل نزاع، فإذا اعترف الخصم بهذه الواقعة فلا يصح الزام المدعى بتقديم أى دليل عليها، كما لا يجوز أن تكون محل تقدير من جانب القاضى[٢].

فالاقرار إذاً ليس دليلا بمعنى الكلمة[٣]، فهو لا يعتبر وسيلة لاقناع القاضى بصحة الواقعة المدعاة ليصدر حكمه فى النزاع حولها، بل هو ينهى النزاع قبل الفصل فى الدعوى. وإذا أصدر القاضى حكمه للمدعى، فإن الحق

---

(١) يلاحظ أنه قليلا ما يحدث فى العمل أن يقر الخصم من تلقاء نفسه بحق خصمه، ولذلك أباح القانون للخصم الذى يدعى بواقعة معينة أن يطلب استجواب خصمه، كما أجاز للمحكمة أن تستجوب من تلقاء نفسها من ترى استجوابه من الخصوم كوسيلة للحصول منه على اقرار. وقد نظم قانون الاثبات القواعد والإجراءات الخاصة باستجواب الخصوم فى المواد من ١٠٥ إلى ١١٣.

(٢) راجع: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩، ص ٣٧٩ - سليمان مرقص، أصول الاثبات فى المواد المدنية، فقرة ٢٧، ص ٢٣.

(٣) راجع المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٤٣٢.

يثبت لهذا الأخير لا بموجب حكم القاضى، وإنما بموجب اقرار المدعى عليه.

شروط الاقرار:

٢٦٩- من التعريف السابق للاقرار يمكن أن نستخلص شروطاً ثلاثة يجب أن تتوافر فيه وهى:

أولا - يجب أن يصدر الاقرار من أحد الخصوم: وهذا الشرط منطقى، فالخصم الذى يدعى عليه بواقعة معينة هو الذى يملك الاعتراف بها.

ثانيا - يجب أن يصدر الاقرار أمام القضاء: وهذا ما يميز الاقرار القضائى، الذى نظمه المشرع فى المادتين ١٠٣، ١٠٤ من قانون الاثبات، عن الاقرار غير القضائى الذى يصدر من أحد الخصوم خارج مجلس القضاء أو فى مجلس القضاء ولكن فى دعوى أخرى غير متعلقة بموضوع الاقرار[1]، والذى لم يرد له أى تنظيم فى قانون الاثبات.

فالاقرار القضائى يجب أن يصدر أمام هيئة يخولها القانون سلطة الفصل فى المنازعات، ويستوى أن تكون هذه الهيئة إحدى محاكم القضاء العادى أو الاستثنائى أو إحدى هيئات التحكيم. أما إذا صدر الاقرار أمام إحدى الجهات الإدارية أو أمام النيابة العامة فلا يعتبر اقراراً قضائياً.

(١) يذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن الاقرار غير القضائى لا يختلف فى أحكامه عن الاقرار القضائى، كل ما فى الأمر أنه يتعين على القاضى أن يتحقق من وجوده ومن توافر العناصر التى تجعله اقراراً حقيقياً. فإذا تحقق القاضى من ذلك فإنه يلتزم بالأخذ به (انظر فى هذا المعنى: جميل الشرقاوى، المرجع السابق، فقرة ٧٢، ص ١٨١ - عبد الودود يحى، المرجع السابق، فقرة ١٠٤، ص ١٦٣).
وعلى العكس من ذلك يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الاقرار غير القضائى ليست له حجية الاقرار القضائى وإنما يخضع لتقدير القاضى (انظر: السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٢٤٦، ص ٦٢٣ ومابعدها)، وهذا هو الرأى الذى أخذت به محكمة النقض المصرية. انظر نقض مدنى ١٩٧٣/٤/١٢، مجموعة أحكام النقض، س ٢٤، ص ٥٩٦، رقم ١٠٥.

ثالثا - **يجب أن يصدر الاقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها**: فيصح أن يرد الاقرار فى صحيفة الدعوى أو فى المذكرات المقدمة أثناء سير الدعوى أو أثناء المرافعة أو خلال استجواب تجريه المحكمة.

حجية الاقرار:

٢٦٧- القاعدة فى خصوص الاقرار القضائى أنه **حجة قاطعة** على المقر، وأنه لا يتجزأ:

أولا - **الاقرار حجة قاطعة على المقر**: ومعنى هذا أن الاقرار يكون ملزما بذاته للمقر، فلا يكلف المقر له بتقديم أى دليل آخر لاثبات الواقعة المقر بها فهى لم تعد بحاجة إلى اثبات.

ويترتب على كون الاقرار حجة قاطعة على المقر أن يتقيد به المقر **فلا يجوز له أن يرجع عنه أو أن يعدل فيه**، كما أنه يلزم القاضى فيحكم بمقتضاه دون أن تكون له أية سلطة فى تقديره.

ثانيا - **عدم جواز تجزئة الاقرار**: القاعدة فى هذا الصدد أن الخصم الذى صدر الاقرار لمصلحته لا يجوز له أن يأخذ من الاقرار الجزء الذى يفيده ويترك الجزء الذى يضره، وإنما يتعين عليه إما أن يأخذ الاقرار كاملا وإما أن يطرحه كاملا. ومع ذلك تجوز التجزئة إذا إنصب الاقرار على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (م ١٠٤ اثبات)، ومثال ذلك الاقرار بالدين مع التمسك بوقوع مقاصة به، حيث ينطوى الاقرار، فى هذه الحالة، على واقعتين لا ارتباط بينهما ولا تستلزم إحداهما الأخرى، فيجوز تجزئة الاقرار (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٦٣ س١٤-٦٢٥-٨٨).

الفرع الخامس

اليميـــــــن

٢٦٨- اليـمين هى اشهـاد الله سبـحـانه وتعـالى على صـدق مـا يقـوله الحالف.

وتعـتبـر اليـمين من طرق الاثبـات غيـر العـادية، بمعنى أنه لا يتم اللجـوء إليـهـا إلا إذا تعـذر تقـديم الدليـل المطلوب عن طريق وسـائل الاثبـات الأخـرى، أو إذا كان ما قدم من أدلة غير كافية لاقناع القاضى.

وهناك نوعـان لليـمين، **الأولى هى اليمين غير القضائية** وهى التى تؤدى خارج مجلس القضاء، وهذه اليمين لم ينظمها قانون الاثبات ومن ثم فهى تخضع للقواعد العامة. **والثانية هى اليمين القضائية**، وهى التى يؤديها الحالف أمام القضاء. وهذه هى اليمين التى نظم المشرع أحكامـهـا فى المواد من ١١٤ إلى ١٣٠ من قانون الاثبات، وهى تنقسم إلى يمين حاسمة ويمين متممة:

اليمين الحاسمة: وهى التى يوجهـهـا الخصم، الذى تعـذر عليـه تقـديم الدليل المثبت لدعواه، إلى الخصم الآخر، وذلك لحسم النزاع القائم بينهما.

واليـمين الحاسـمـة ليست، فى حقيـقـة الأمر، دليـلا مـن أدلة الاثبات، وإنما هى وسـيلة من وسـائل الاعـفـاء من عبء الاثبات، وذلك على أسـاس أن الخصم الذى يوجـهـهـا ليـس لديه دليل على صحـة مـا يدعيـه ولا يكون أمـامـه سـوى أن يحتكم إلى ضمير وذمة خصمه.

اليمين المتممة: وهى التى يوجهـهـا القـاضى،من تلقـاء نفسـه، إلى أى من الخصـمين فى الدعوى ليكمل بها اقتناعه إذا كانت الأدلة المقدمة إليه غير كافية.

وتوجيه اليمين المتممة أمر جوازى للقاضى، فلا الزام عليه فى هذا الشأن، وللقاضى حرية اختيار الخصم الذى يوجه إليه اليمين المتممة، وإن كان المتبع أن يوجهها إلى الخصم الذى ترجح أدلته حتى يستكمل بها اقتناعه بصدق هذا الخصم فيما يدعيه.

الفرق بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة:

٢٦٩- تختلف اليمين المتممة عن اليمين الحاسمة فى الأمور التالية:

١- اليمين المتممة لا تحسم النزاع ولا تلزم القاضى، بل تخضع لسلطته التقديرية. أما اليمين الحاسمة فهى تحسم النزاع وتلزم القاضى، فالخصم الذى وجهت إليه اليمين إما أن يحلف اليمين فيكسب الدعوى، وإما أن ينكل عن حلف اليمين فيخسر دعواه ويكسبها من وجه اليمين، وإما أن يرد اليمين على خصمه الذى وجهها، وفى هذه الحالة يلتزم الخصم الذى ردت عليه اليمين إما يحلف اليمين فيكسب الدعوى وإما أن ينكل عن حلف اليمين فيخسر دعواه ويكسبها الطرف الآخر.

٢- اليمين المتممة يوجهها القاضى إلى أى من الخصمين، حسب اختياره، فى الدعوى. أما اليمين الحاسمة فتوجه من الخصم إلى خصمه الآخر فى الدعوى.

٣- الحكمة من توجيه اليمين المتممة هى استكمال الأدلة الناقصة، ومن ثم لا يجوز توجيهها إذا كان هناك دليل كامل في الدعوى، أو إذا كانت الدعوى خالية من أدى دليل. أما اليمين الحاسمة فهى تصلح وحدها لأن تكون دليلا كاملا، ومن ثم يجوز توجيهها حتى ولو كانت الدعوى خالية من أدى دليل.

٤- لا يجوز للخصم الذى وجهت إليه اليمين المتممة أن يردها على

خصمه، أما اليمين الحاسمة فيجوز لمن وجهت إليه أن يردها على خصمه.

٥- توجيه اليمين المتممة من القاضى يعتبر واقعة مادية يلجأ إليها القاضى لاستكمال الأدلة. فى حين أن توجيه اليمين الحاسمة من الخصم يعتبر من التصرفات القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة.

الفرع السادس

المعاينة والخبـــرة

المعاينة:

٢٧٠- يقصد بالمعاينة انتقال المحكمة لمشاهدة موضوع النزاع، وذلك للتحقق من صدق ما يدعيه الخصوم، أو لاستيضاح بعض المسائل المتنازع عليها والتي لم تكف أوراق الدعوى وأقوال الخصوم لايضاحها. والأصل أن ترد المعاينة على الأشياء والأماكن، كسيارة أو منزل أو قطعة أرض أو شارع[1] . . . الخ.

والانتقال للمعاينة يعتبر من الأمور الجوازية للمحكمة، فهى قد تلجأ، من تلقاء نفسها، إلى هذا الإجراء، إذا رأت من ظروف وأوراق الدعوى أن الفصل فى النزاع يقتضى معاينة الواقعة المتنازع عليها. وقد ترى المحكمة عكس ذلك، أى تقدر أن أوراق ومستندات الدعوى تكفى لتكوين اقتناعها، ومن ثم لا تلجأ إلى المعاينة.

أما عن قيمة المعاينة فى الاثبات فهى تعتبر من المسائل المتروكة لسلطة القاضى التقديرية دون ما رقابة عليه من محكمة النقض.

الخبرة:

٢٧١- قد يتوقف الفصل فى النزاع على التحقق من بعض المسائل الفنية

---

(١) ولا يجوز بالتالى تكليف الخبير ببحث المسائل القانونية والبت فيها.

التى لا يستطيع القاضى ولا يطالب بالالمام بها . فى هذه الحالة أجاز القانون للقاضى أن يستعين بالمتخصصين فى هذه المسائل الفنية لاستكمال أوجه المعرفة التى تنقصه، مما يساعده فى النهاية على الفصل فى النزاع المعروض عليه. مثال ذلك أن يستعين القاضى بمهندس لمعرفة ما إذا كانت السيارة التى تسببت فى وقوع الحادث صالحة من الناحية الفنية للاستعمال أم لا.

والاستعانة بالخبراء تعتبر من المسائل الجوازية للمحكمة، فهى قد تأمر من تلقاء نفسها بالاستعانة بخبير إذا ما رأت أن الفصل فى الدعوى يقتضى ذلك، وقد لا تأمر بذلك إذا لم تكن هناك ضرورة تبرر الاستعانة بخبير.

ويلاحظ أخيراً أن رأى الخبير لا يقيد المحكمة (م ١٥٦ اثبات) فالمحكمة لها مطلق الحرية فى الأخذ برأى الخبير أو عدم الأخذ به، فلها أن تأخذ بتقرير الخبير كله، ولها أن تأخذ ببعض ما جاء به وتطرح بعضه إذ هى لا تقضى إلا على أساس ما تطمئن إليه فيه[1].

المبحث الثالث

حدود الحماية القانونية للحق

(التعسف فى استعمال الحق)

٢٧٢- تقدم أن الدعوى القضائية تعتبر أهم وسائل الحماية القانونية للحق، وأن التمتع بهذه الحماية يفرض على كل من يدعى أمام القضاء أن آخر قد اعتدى على حقه أو نازعه فيه أن يثبت الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق.

---

(١) انظر: نقض مدنى ١٩٧٥/١٢/٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٥٩٣ - نقض مدنى ١٩٧٧/١/٢٦، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٣٠٢. غير أن حرية المحكمة فى تكوين عقيدتها وبالتالى عدم الأخذ بما استند إليه الخبير فى المسائل الفنية مشروط بأن تعلل المحكمة فى حكمها أسباب فنية لعدم أخذها بهذا بالتقرير وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور فى التسبيب، ومن ذلك أن تطرح تقرير الخبير المنتدب أخذا بتقرير استشارى مقدم فى الدعوى. ولكن لا يجوز للمحكمة أن ترفض التقرير الفنى للخبير أخذا بأقوال الشهود مثلا- سليمان مرقص، الجزء الثانى، رقم ٣٥٩.

غير أن نجاح المدعى فى الاثبات يطرح تساؤلا هاما يتعلق بمدى الحماية القانونية للحق: فالأمر الذى لا خلاف عليه أنه إذا تجاوز صاحب الحق الحدود الموضوعية لحقه تجاوزا يلحق ضررا بالغير فإن هذا الحق لا يتمتع بأية حماية قانونية، لأنه فى هذا التجاوز إنما يتعدى على الحدود الموضوعية لحق غيره، ومن ثم فهو يرتكب خطأ تنعقد معه مسئوليته المدنية. مثال ذلك أن يتجاوز المالك حدود أرضه ويقوم بالبناء على جزء من أرض جاره.

ولكن المشكلة تثور فى حالة ما إذا التزم صاحب الحق بالحدود الموضوعية لحقه، ومع ذلك ترتب على استعماله لسلطة من السلطات التى يخولها له حقه الاضرار بالغير، كمن يبنى جداراً داخل أرضه ويرتفع به لمجرد منع الضوء والهواء عن جاره. ففى هذه الحالة هل يتمتع هذا الحق بالحماية القانونية بحيث لا يسأل صاحبه عن هذا الضرر، أم أن هناك قيوداً معينة تحد من حرية صاحب الحق فى استعماله لحقه بحيث إذا لم يلتزم بهذه القيود، ونتج عن ذلك الاضرار بالغير، انحسرت الحماية القانونية عن الحق وتعرض صاحبه للمسئولية المدنية؟

الاجابة على ذلك تتوقف على المذهب الفلسفى السائد فى المجتمع، إذ الثابت أن الأفكار الفلسفية السائدة فى مجتمع ما فى فترة ما تؤثر تأثيرا واضحا على المفاهيم والنظم القانونية فى هذا المجتمع:

ففى مجتمع يسوده المذهب الفردى، الذى بلغ أوجه فى أوروبا فى بداية القرن الثامن عشر، يعتبر استعمال الشخص للسلطات التى يخولها له حقه مظهرا من مظاهر الحرية الفردية الواجبة الاحترام. فطالما أن صاحب الحق لم يتجاوز الحدود الموضوعية لحقه فإنه لا يكون مسئولا عما يمكن أن ينشأ عن هذا الاستعمال من أضرار للغير، إذ لا يتصور أن يمنح القانون سلطات لشخص ثم

يحاسبه على استعمالها[١].

وتبرير ذلك أن الحقوق الفردية تتمتع وفقاً لأفكار المذهب الفردى بالقدسية المطلقة، فهى سابقة فى وجودها على وجود المجتمع وعلى وجود القانون. فالمجتمع ليس له من هدف سوى اسعاد الفرد، فهذا الأخير هو الهدف من التنظيم الاجتماعى. أما القانون فيقتصر دوره على كفالة ممارسة الفرد لحقوقه على أكمل وجه وحمايتها من اعتداء الآخرين. ولقد تأثر المشرع الفرنسى[٢] بهذه الأفكار تأثراً واضحاً فنص فى القانون المدنى الفرنسى على أن مالك الشئ يتمتع بحرية مطلقة إلى أبعد الحدود فى استعماله واستغلاله والتصرف فيه[٣].

غير أن هذه الأفكار قد تبدلت مع انتشار تعاليم المذهب الاشتراكى منذ منتصف القرن الماضى، الذى يأبى اعتبار الحقوق سلطات أنانية مطلقة، وذلك على أساس أن غاية القانون هى مصلحة الجماعة لا مصلحة الفرد، وأن نشاط الفرد يجب أن يوجه لتحقيق خير الجماعة، لأن ما يحقق الخير للجماعة يعود بالخير على أفرادها. بل ان بعض أنصار هذا المذهب قد غالى فى الرأى إلى حد انكار فكرة الحق تماما واعتباره مجرد وظيفة اجتماعية، فليس للفرد حقوق قبل المجتمع وأن ما يبدو أنه حقوق يعترف له القانون بها هو مجرد وظائف اجتماعية عليه أن يؤديها لصالح المجتمع. وهذا ما عبر عنه أوجست كونت

---

(١) راجع: أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٢٠٧.

(٢) صدر القانون المدنى الفرنسى فى أوائل القرن الثامن عشر (١٨٠٤) وهى فترة كانت فيها تعاليم المذهب الفردى قد بلغت أوجها.

(٣) المادة ٥٤٤ من التقنين المدنى الفرنسى.

بقوله: «ليس للفرد من حق سوى أداء واجبه».

وقد أثرت هذه الفلسفة الاشتراكية تأثيراً واضحاً على مدى ما يعترف به لصاحب الحق من حرية فى استعماله للسلطات التى يخولها له حقه، فلم يعد يعترف له بما كان يتمتع به فى ظل المذهب الفردى من حرية مطلقة فى استعمال هذه السلطات حتى ولو أدى هذا الاستعمال إلى الاضرار بالغير، وإنما اتجهت معظم النظم القانونية الحديثة إلى فرض قيد عام على حرية ممارسة الحق هو عدم التعسف، بحيث إذا ما أساء صاحب الحق استعمال السلطات التى يخولها له حقه انحسرت عنه حماية القانون، وأمكن منعه أو الزامه بالتعويض عما ينشأ عن هذا الاستعمال المتعسف للحق من أضرار للغير. وهذا ما يعرف بنظرية التعسف فى استعمال الحق.

وقد يبدو مما تقدم أن فكرة التعسف فى استعمال الحق تعتبر من الأفكار المستحدثة التى ظهرت إلى الوجود بفضل انتشار تعاليم المذهب الاشتراكى، غير أن الواقع أن الفكرة تمتد بجذورها التاريخية إلى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم، ومن قبله الشريعة الإسلامية التى عرفت تطبيقات عديدة لفكرة التعسف تصل بمداها إلى أقصى ما وصلت إليه فى العصر الحديث.

فقد عرف القانون الرومانى إحدى صور التعسف فى استعمال الحق، وهى صورة تعمد الاضرار بالغير، فقد لاحظ فقهاء القانون الرومانى أن اطلاق استعمال الحقوق وفقاً للقانون قد يؤدى فى بعض الأحيان إلى المساس بقواعد الأخلاق والعدالة، فعملوا بشتى الوسائل على الحد من استعمال الحقوق تغليباً لقواعد الأخلاق وتحقيقاً للعدالة. من ذلك مثلا أنهم فى مجال استعمال حق الملكية أقروا مسئولية المالك الذى يقوم بالبناء فى ملكه لا لغرض سوى

الاضـرار بملك جـاره، كـمـا لو كـان الغرض من البناء هو مـجـرد حـجب الضـوء أو الهواء عن ملك الجار(١).

وقـد انتـقلت فكرة التـعـسـف من القـانون الرومـانى إلى القـانون الفـرنسى القديم وأخذت فيه اتساعاً جديداً، حيث لم يعد التعسف قاصراً على صورة تعمد الاضرار بالغير، وإنما أضيفت إليه صورة جديدة هى استعمال صاحب الحق لحقه دون مصلحة تعود عليه من هذا الاستعمال(٢).

غير أن تأثر واضعو القانون المدنى الفرنسى الحالى بمبادئ الثورة الفرنسية وبنزعتها الفردية أدى إلى اندثار فكرة التعسف فى استعمال الحق وعدم ظهور أى أثر لها فى القانون. وليس أدل على ذلك ما نصت عليه المادة ٥٤٤ من هذا القانون فى خصوص تعريف حق الملكية بأنه حق استعمال واستغلال والتصرف في الشئ بطريقة مطلقة إلى أبعد الحدود.

ولكن سرعان ما تكشف للمحاكم الفرنسية أن اطلاق استعمال الحقوق وفقا للقانون قد أدى فى كثير من الحالات إلى نتائج تنطوى علي اهدار تام لقواعد الأخلاق والعدالة. ومن هنا بدأت فكرة التعسف فى استعمال الحق تظهر

---

(١) انظر تفصلا فى هذا الخصوص: سليمان مرقص، المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية، ١٩٧١، الأحكام العامة، فقرة ١٢٢، ص ٣١٣ ومابعدها.

(٢) دوما، القوانين المدنية، الكتاب الثانى، الباب الثامن، المبحث الثالث، فقرة ٩ (مشار إليه فى سليمان مرقص، المرجع السابق، فقرة ١٢٣، ص ٣١٦) ويشير المؤلف، تطبيقا لذلك، إلى ما قضى به برلمان اكس فى أول فبراير ١٥٧٧ من مجازاة غازل صوف دأب على الغناء بصوت مرتفع بقصد مضايقة جاره المحامى، كما يشير أيضا إلى ما يقرره الفقيه دوما من أن مالك العقار الذي يجرى تعديلات فى عقاره، لا لغرض سوي الاضرار بالغير، يكون مسئولا عن ذلك، حيث أن العدالة لا يمكن أن تقر مثل هذا الخبث.

من جديد فى تطبيقات القضاء الفرنسى، الذى ظل يشق طريقه قرابة قرن كامل فى سبيل احياء هذه الفكرة[١]. ثم أخذ الفقه الفرنسي يتعهد هذه التطبيقات بالتحليل والتأصيل حتى توصل إلى تشييد النظرية الحديثة للتعسف فى استعمال الحق. ثم وجدت النظرية طريقها إلى العديد من التشريعات الحديثة، كالتشريع الألمانى والتشريع السويسرى والتشريع الروسى.

أما فى مصر فقد لعب القضاء المصرى دوراً لا يستهان به فى سبيل ارساء دعائم نظرية التعسف فى استعمال الحق. وقد ساعده فى ذلك التراث الفقهى الهائل لتلك النظرية فى الشريعة الإسلامية[٢]. فلما كان وضع القانون المدنى الحالى حرص المشرع على الاستفادة من تجربة القضاء وتراث الشريعة الإسلامية[٣]، فأقر نظرية التعسف صراحة حيث أفرد لها مكانا بارزاً بين

---

(١) تجدر الاشارة فى هذا الصدد إلى حكم استئناف متز Metz الذى صدر قبل مضى أربع سنوات على صدور التقنين المدنى الفرنسى، وبالتحديد فى ١٠ نوفمبر ١٨٠٨، في قضية تخلص وقائعها فى أن صانع قبعات أقام مدخنتين لتصريف البخار والدخان بطريقة تؤدى إلى الاضرار بجيرانه، فلجأ الجيران إلى القضاء طالبين الزامه ببناء مدخنة عالية تسمح بتصريف البخار والدخان على ارتفاع عال يجنبهم هذه الأضرار، فقضت لهم المحكمة بما طلبوا وجاء فى حكمها أن حرية المالك فى استعمال ملكه كيفما شاء مشروطة بألا يضر ذلك بالغير (سيرى ١٨٢١-٢-١٥٤). وقد توالت أحكام محاكم الاستئناف فى هذا المعنى إلى أن صدر أول حكم لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٨ فبراير ١٩٠٧ (سيرى، ١٩٠٧-١-٧٧).

(٢) راجع تفصيلا فى هذا الخصوص، محمود فتحى، نظرية الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بإساءة استعمال الحقوق، رسالة من ليون ١٩٥٣ - شفيق شحاته، فى نظرية اساءة استعمال الحقوق عند فقهاء المسلمين، مجلة جمعية التشريع المقارن، باريس ١٩٥٢، العدد الثانى.

(٣) عرضت المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى على تأكيد اقرار الشريعة الاسلامية لنظرية التعسف فى استعمال الحق بوصفها نظرية عامة، وعناية الفقه الإسلامى بصياغتها تضارع فى دقتها وأحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من=

النصوص التمهيدية تأكيداً لأهميتها وشمولها لجميع نواحى القانون، فهى لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تمتد أيضا إلى القانون العام. فبعد أن قرر فى المادة الرابعة أن من يستعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر، أضاف فى المادة الخامسة أن استعمال الحق يكون غير مشروع، ويرتب من ثم مسئولية صاحبه فى أحوال ثلاث:

(أ) إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(جـ) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

وواضح أن هذه الصياغة تعبر عن مدى حذر المشرع المصرى فى اقراره لنظرية التعسف، فهو لم يأخذ بما لجأت إليه بعض التشريعات من صياغات مرنة، حيث اكتفت باقرار نظرية التعسف كمبدأ عام وتركت أمر تطبيقها لسلطة القاضى التقديرية، وإنما حرص المشرع المصرى على وضع ضوابط يتقيد بها القاضى، فعمد إلى تعداد الصور التى يتوافر فيها التعسف دون أن يعنى باستظهار المبدأ العام الذى يحكمها، بل انه تحاشى استعمال اصطلاح التعسف لسعته وابهامه[1].

= فقهاء الغرب، وأن المشرع المصرى حرص على أن يتقفع فى صياغته لنص المادة الخامسة بالقواعد التى استقرت فى الفقه الإسلامى، وهى قواعد صدر عنها التشريع المصرى واستلهم منها القضاء فى الكثير من أحكامه.

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، جـ ١، ص ٢٩٠.

وانطلاقا مما تقدم نعرض لما أقرته المادة الخامسة من القانون المدنى الحالى من معايير للتعسف، ثم نعقب ذلك ببيان نطاق تطبيق نظرية التعسف، وأخيراً جزاء التعسف:

المطلب الأول

معايير التعسف

٢٧٣- تقدم أن المشرع المصرى عمد إلى تحديد حالات التعسف فى استعمال الحق حيث نص على ثلاث صور للتعسف، الأولى هى استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير. والثانية هى استعمال الحق لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. والثالثة هى استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة.

وتجدر الاشارة، قبل التصدى لدراسة صور التعسف الثلاث، التى حددتها المادة الخامسة، إلى أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى كان ينص على صورة أخرى للتعسف هى استعمال الحق على نحو يعطل استعمال حقوق أخرى تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف[1].

غير أن هذه الصورة حذفت فى المشروع النهائى، فذهب جانب من الفقه إلى أن حذفها لا يدل على أن المشرع قد رفض الأخذ بها، وليس أدل على ذلك

---

(١) وقد كانت هذه الصورة مقتبسة من الفقه الإسلامى الذى كان يحرم استعمال الحق استعمالاً يسبب ضرراً فاحشاً. انظر تفصيلا فى ذلك: السنهورى، الوسيط، جـ ١، مصادر الالتزام، فقرة ٥٦٣، ص ٨٤٨، ٨٤٩.

من أنه أورد تطبيقا لها فى مجال القيود التى ترد على حق الملكية، حيث نص فى المادة ٨٠٧ من القانون المدنى على أنه «على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حق يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب ازالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف . . . » فهذا النص الذى يقرر مسئولية المالك عما يحدثه من أضرار غير مألوفة لجاره ليس إلا تطبيقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق(١).

غير أن هذا الرأى يصعب التسليم به متى سلمنا أن المشرع المصرى أخذ بنظرية التعسف فى حذر، وأن استبعاده لحالة الضرر غير المألوف جاء مقصوداً رغبة منه فى عدم التوسع فى نظرية التعسف، إذ من شأن هذا التوسع، والخروج بالنظرية عن الحالات المحددة التى تضمنتها المادة الخامسة، أن يؤدى بها إلى أن تصاغ صياغة عامة غامضة تخشى نتائجها على فكرة الحق ذاتها(٢). ثم أن المعنى الظاهر للفظ التعسف يكفى لاستبعاد نظرية المضار غير المألوفة من نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق، إذ كيف يجوز أن يقال أن من يستغل مصنعا، أو يفتتح مدرسة، ولو كان فى حى مخصص للسكنى الهادئة، يكون متعسفا؟ ان حالات التعسف الثلاث التى نصت عليها المادة الخامسة يجمعها جميعا جامع واحد وهو أن مرجع الخطأ فيها هو فساد الباعث على استعمال

---

(١) راجع فى هذا المعنى: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، فقرة ٣٩٦، ص ٧٧٨ - منصور مصطفى منصور، حق الملكية فى القانون المدنى المصرى، ١٩٦٥، فقرة ٢٥، ص ٦٣، ٦٤ - مصطفى الجمال وحمدى عبد الرحمن، المدخل لدراسة القانون، جـ ٢، نظرية الحق، ١٩٨٤، ص ٣١٠، ٣١٣، ٣١٤.

(٢) عكس ذلك: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٥؛ ص ٦٤.

الحق... أما فى صورة الضرر غير المألوف، فلا شبهة تشوب الباعث الذى دفع المالك إلى استغلال ملكه، فلا يستقيم القول باعتبارها تطبيقا من تطبيقات نظرية التعسف»[1].

لذلك نتفق فى الرأى مع ما يذهب إليه أغلب الفقه[2] من أن صور التعسف الثلاث التى حددتها المادة الخامسة قد وردت على سبيل الحصر ولا تقبل اضافة غيرها إليها.

وسوف نعرض لهذه الصور فيما يلى:

الصورة الأولى - قصد الاضرار بالغير:

٢٧٤- فى هذه الصورة يعتمد المشرع المصرى معيارا ذاتيا أو شخصيا بحتا قوامه البحث فى نية صاحب الحق، فإذا لم يكن يهدف من وراء استعماله لحقه سوى أن يلحق ضررا بالغير، أى كان قصد الاضرار بالغير هو الغرض الوحيد من استعمال الحق، فإنه يكون متعسفا فى هذا الاستعمال وتزول عنه ما كان يتمتع به من حماية قانونية لو أنه استعمل حقه دون تعسف.

ومن أهم تطبيقات هذه الصورة من حالات التعسف أن يغرس صاحب الأرض أشجاراً، أو يقيم حائطا مرتفعاً، على حدود ملكه لمجرد حجب الضوء

---

(١) اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، جـ ١، حق الملكية، ١٩٦١، ص١٣١، هامش ١.

(٢) راجع على سبيل المثال: السنهورى، الوسيط، جـ ١، فقرة ٥٥٩، ص ٨٤٣ - أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثانى، نظرية الحق، الطبعة الخامسة، فقرة ٢١٢، ص ٣١٣ - اسماعيل غانم، المرجع والمكان السابقين - نعمان جمعة، الحقوق العينية، ١٩٩٢، ص٣٥٣، ٣٥٤.

عن جاره، أو أن يرفع الشخص دعوى قضائية لمجرد التشهير بالمدعى عليه[١]، أو أن يتقدم الخصم فى الدعوى بدفوع وطلبات عارضة بقصد اطالة أمد النزاع وعرقلة الفصل فى الدعوى بنية الكيد[٢]. فى كل هذه الأحوال لا شبهة فى أن الشخص يستعمل حقه، ولكنه لا يقصد من هذا الاستعمال تحصيل منفعة، بل يرمى فقط إلى الاضرار بالغير، ومن ثم يكون استعماله لحقه غير مشروع ويسأل عن تعويض الأضرار التى لحقت بهذا الغير.

ويتعين على من يدعى ضررا لحق به من جراء استعمال صاحب الحق لحقه وأن هذا الأخير لم يكن يقصد من هذا الاستعمال سوى الاضرار به، أن يثبت ما يدعيه. وهو يستطيع اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات. غير أنه يلاحظ أن اثبات نية الاضرار لدى صاحب الحق ليس بالأمر الهين نظرا لأنه يتعلق بمسائل نفسية يصعب التثبت منها، ومع ذلك يمكن استخلاص هذه النية من انعدام كل مصلحة لصاحب الحق على الوجه الذى جعله يسبب ضررا للغير، إذ يستفاد من ذلك أنه إنما استعمل حقه بقصد الاضرار بالغير[٣].

---

(١) راجع: نقض مدنى ١٥/١٠/١٩٥٩ ، مجموعة أحكام النقض، س١٠، ص ٥٧٤، رقم ٨٧ - نقض مدنى ٢٤/٣/١٩٨٣، مجموعة القواعد القانونية في خمسين عاما، رقم ٣٣٨، ونقض ٢٨/٢/١٩٨٥ طعن ٨٣٣ س ٥١ ق، ونقض ٢٠/٢/١٩٩٢، أحكام النقض س٤٣ ص٢٦٢ ع١، و١٩/١/١٩٩٦، طعن ١٠٠٥٩ س ٦٤ ق.

(٢) راجع: نقض مدنى ٥/٦/١٩٧٤، مجموعة أحكام النقض، س ٢٥، ص ٩٧٩.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٦٠، ص ٨٤٥، وانظر كذلك: المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى جـ ١، ص ٣٢، ٣٣، والتى جاء فيها «أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالا يلحق الضرر بالغير، متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك».

ولا ينفي وصف التعسف أن تعود على صاحب الحق، من وراء استعماله لحقه، منفعة عارضة لم تكن هي المقصودة أصلا. إذ الفرض أن استعمال الحق كان فقط بقصد الاضرار بالغير وليس بقصد تحصيل منفعة. فمن يغرس أشجارا في أرضه لا لغرض سوى الاضرار بجاره يعد متعسفا في استعمال حق الملكية، حتى ولو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار حققت له منفعة ما، كما لو أدت مثلا إلى ارتفاع قيمة الأرض.

ولكن، هل يختلف الحكم إذا توافرت لدى صاحب الحق، من وراء استعماله لحقه، نية تحصيل منفعة لنفسه إلى جانب قصد الاضرار بالغير؟ الاجابة على ذلك تقتضى التفرقة بين فرضين: **الأول**، أن يكون قصد الاضرار مصحوبا بنية تحصيل منفعة مشروعة لصاحب الحق ترجع رجحانا كبيرا على الضرر الذى يلحقه بالغير من وراء استعماله لحقه، وهنا لا يعتبر صاحب الحق متعسفا فى استعمال حقه[1]. **والفرض الثانى** يتعلق بحالة ما إذا كان قصد الاضرار بالغير مصحوبا بنية تحصيل منفعة ثانوية لصاحب الحق، وهنا يكون صاحب الحق متعسفا، ولكن ليس على أساس المعيار محل البحث، أى معيار قصد الاضرار بالغير، وإنما على أساس المعيار الثانى الذى حددته المادة الخامسة والمتمثل فى تفاهة المصلحة التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعماله لحقه بحيث لا تتناسب البتة مع ما يلحق بالغير من ضرر بسببها[1]، وهذا ما نعرض له فيما يلى:

الصورة الثانية - تفاهة المصلحة وجسامة الضرر:

٢٧٥- فى هذه الصورة يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه حتى

---

(١) راجع فى هذا المعنى، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٩-٢، ص٣٠٩.

ولو كان يسعى إلى تحقيق مصلحة مادامت هذه المصلحة قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب على الاطلاق مع ما يعود على الغير من ضرر بسبب استعمال الحق على هذا النحو.

ويستوى فى هذه الحالة أن يكون صاحب الحق قد قصد الاضرار بالغير من عدمه، إذ أن اضفاء وصف التعسف على فعل صاحب الحق لا يقاس بمعيار ذاتى أو شخصى، كما هو الوضع فى الحالة السابقة، وإنما يخضع للمعيار الموضوعى العام للخطأ، أى معيار السلوك المألوف للرجل العادى. فالشخص الذى يقدم على استعمال حقه لتحقيق نفع تافه لا يقارن مع ما يعود على الغير من ضرر بالغ هو: «إما عابث مستهتر لا يبالى بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، وإما منطو على نية خفية يضمر الاضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها. وفى الحالين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى، وارتكب خطأ يوجب مسئوليته»[٢].

ويرى بعض الفقه[٣] أن اضفاء وصف التعسف على فعل صاحب الحق، إعمالا لهذا المعيار، يقتضى أن يكون لديه عدة طرق لاستعمال حقه ولكنه، عن عمد أو اهمال، لجأ إلى الطريق الذى يعود عليه بنفع ضئيل ويلحق بالغير ضررا جسيماً. أما إذا لم يكن أمام صاحب الحق سوى الطريق الذى لجأ إليه لاستعمال

---

(١) راجع: السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٦١، ص ٨٤٥.

(٢) راجع فى هذا المعنى: أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٢١٠، ص٣١٠، ٣١١. وراجع ما قضى به من أنه لا تناقض بين القول بالاستعمال غير المألوف للحق وبين ما انتهت إليه المحكمة من أن المصالح التى يرمى إليها الطاعنان قليلة الأهمية حيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب المطعون عليهم من ازالة المنشآت التى أقاموها. نقض ١٩٨١/٦/٤ ط٢٦٣ س٣٨ ق.

حقه، ونتج عن ذلك منفعة ضئيلة له وضرر جسيم للغير فإنه لا يعتبر متعسفاً في استعمال حقه. والقول بعكس ذلك يؤدى إلى حرمان صاحب الحق كلية من استعمال حقه، وهذا أمر غير مقبول ولا يدخل فى مفهوم نظرية التعسف فى استعمال الحق، إذ أن هذه النظرية لم تتقرر لحرمان الأفراد من استعمال حقوقهم وإنما لتهذيب هذا الاستعمال.

ومن قبيل التطبيقات التشريعية لهذه الصورة ما نصت عليه المادة ٨١٨/٢ مدنى من أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط.

ومن ذلك أيضا ما تنص عليه المادة ٩٢٨ مدنى من أنه: «إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء، قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة ، إذا رأت محلا لذلك، أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكيته للجزء المشغول بالبناء، وذلك نظير تعويض عادل». فإصرار مالك الأرض الذى جار البانى على جزء صغير من أرضه، على هدم ما تم من بناء فى أرضه يعتبر تعسفا إذا ما قدر القاضى أن ما سيعود عليه من نفع قليل الأهمية بحيث لا يتناسب على الاطلاق مع ما سيلحق بمالك البناء من أضرار من جراء الهدم، مع الوضع فى الاعتبار التعويض العادل الذى سيلتزم مالك البناء بدفعه لمالك الأرض فى مقابل الجزء الذى جار عليه من أرض هذا الأخير.

ويمكن أن نضيف إلى هذه التطبيقات، حالة المالك الذى يقوم ببناء مدخنة فى ملكه بطريقة تؤذى الجار، مع امكان اقامتها فى مكان آخر أكثر ملائمة، أو صاحب العمل الذى يقوم بفصل العامل بسبب توقيع حجز على مرتبه تحت يد صاحب العمل.

الصورة الثالثة - عدم مشروعية المصلحة التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها:

٢٧٦- أشرنا إلى أن المشرع المصرى حرص على تحديد حالات التعسف فى استعمال الحق رغبة منه فى إحكام الرقابة على استعمال الحقوق، فهو لم يكتف، لاعتبار الشخص متعسفا، أن يكون استعماله لحقه بقصد الاضرار بالغير (م ١/٥ مدنى)، أو أن تكون المصالح التى يرمى إلي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، وإنما حرص على إضافة الحالة محل البحث، وهى اعتبار الشخص متعسفا إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة. وهذه الحالة تفترض أن لصالح الحق مصلحة من وراء استعماله لحقه، وأن هذه المصلحة ربما كانت بالغة الأهمية بالنسبة له، ومع ذلك يعتبر صاحب الحق متعسفا فى استعمال حقه إذا كانت هذه المصلحة غير مشروعة[١]، وذلك لأن «الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق فى سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون»[٢].

ومن أهم تصبيقات هذه الصورة، المالك الذى يحيط أرضه بأعمدة شاهقة الارتفاع حتى يجبر شركة طيران تهبط طائراتها فى مطار مجاور على شراء أرضه بثمن مرتفع، أو المؤجر الذى يمتنع عن الترخيص للمستأجر بالايجار من

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن المصلحة تكون غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون أو إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ١، ص ٣٣).

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٩٥، ص ٧٧٦.

الباطن أو التغيير غير الضار للاستعمال - إذا كان ذلك معلقا على موافقته بمقتضى العقد أو القانون - بقصد زيادة الأجرة على وجه غير مشروع، أو صاحب العمل الذى يفصل العامل بسبب انضمامه إلى نقابة عمالية أو بسبب نشاطه النقابى المشروع، أو الإدارة التى تفصل موظفا ارضاء لغرض شخصى أو لشهوة حزبية.

وواضح أن المعيار فى هذه الحالة هو معيار موضوعى. فهو مجرد تطبيق للمعيار الموضوعى العام للخطأ المتمثل فى الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى. فليس من المألوف أن يتخذ هذا الأخير من استعماله لحقه ستارا لتحقيق مصالح غير مشروعة. ولعل هذا الطابع الموضوعى لمعيار المصلحة غير المشروعة هو الذى دفع بعض الفقه[1] إلى تفضيله، لما يمتاز به من دقة وسهولة فى التطبيق، على معيار آخر يميل إليه الفقه والقضاء الفرنسى وهو معيار الغرض غير المشروع الذى يقوم على أن صاحب الحق يعتبر متعسفا فى استعمال حقه إذا كان الغرض الذى يرمى إليه غرضا غير مشروع. غير أن هذه التفرقة بين معيار المصلحة غير المشروعة ومعيار الغرض غير المشروع تفصل بين وجهين متلازمين لمعيار واحد يحدد كل منهما الآخر، «إذ ليس معيار المصلحة غير المشروعة إلا التعبير الموضوعى عن المعيار الشخص أو النفسى وهو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع، فإذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقه، فهو يهدف إذن إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة. والواقع أن هذين الوجهين إنما يقومان على فكرة ضرورة موافقة استعمال الحق لغايته. فللتحقق من هذه الموافقة، يجب الوقوف على غاية الحق والمصالح

---

(١) راجع فى هذا المعنى: السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٦٢، ص ٨٤٧.

المشروعة المقصود تحقيقها من وراء تقرير القانون له من ناحية، وعلى الدوافع التى وجهت استعماله على نحو معين من ناحية أخرى، ومطابقة هذه على تلك، بحيث يعنى كل تباعد بينهما الانحراف فى استعمال الحق، ويستوى بعد ذلك أن ينسب هذا الانحراف إلى الدوافع غير المشروعة أو إلى المصالح غير المشروعة»(١).

المطلب الثانى
نطاق إعمال نظرية التعسف
فى استعمال الحق

٢٧٧- أثارت هذه المسألة جدلا كبيرا فى الفقه، فذهب بعض الفقه إلى وجوب التضييق من نطاق تطبيق نظرية التعسف، بقصره على بعض الحقوق دون البعض الآخر، فى حين ذهب جمهور الفقه إلى أن لنظرية التعسف من صفة العموم ما يجعلها صالحة للتطبيق على استعمال الحقوق بجميع أنواعها.

ونعرض فيما يلى، لهذين الرأيين بقدر من التفصيل:

الرأى الأول - وجوب التضييق من نطاق تطبيق نظرية التعسف:

٢٧٨- من أهم ما بذل من محاولات، بهدف التضييق من نطاق تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق، ما ذهب إليه بعض الفقه من وجوب قصر هذا النطاق على استعمال الحقوق الخاصة دون الحقوق أو الرخص العامة. بل ان البعض ذهب إلى أبعد من ذلك، مقررا أن التعسف لا يرد على الحقوق الخاصة كلها، وإنما يرد فقط على ما يسمى بالحقوق المقيدة، أما ما يسمى بالحقوق

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٩٥، ص ٧٧٧.

المطلقة فلا يعرض التعسف بمناسبتها ولا تخضع فى استعمالها لأية رقابة.

ولنعرض لهاتين المحاولتين ولأهم الحجج التى استند إليها أنصار كل منهما:

أولا: محاولة اخراج الحقوق أو الرخص العامة من نطاق تطبيق نظرية التعسف:

٢٧٩- يفرق بعض الفقه[1] بين الحقوق الخاصة والحقوق أو الرخص العامة. فالأولى عبارة عن مكنات تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل الاستئثار والانفراد، كحق الشخص فى ملكية عين من الأعيان أو حقه فى اقتضاء دين من الديون. وهذه الحقوق هى التى يرد عليها التعسف. أما الحقوق أو الرخص العامة فهى عبارة عن مكنات أو اباحات يعترف بها القانون للناس كافة على قدم المساواة، فلا يستأثر بها شخص دون غيره، كحق الالتجاء إلى القضاء بصفة عامة، وحرية الاتجار، وحرية التعاقد، وحرية القول، وهذه المكنات تخرج عن نطاق تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق.

ويستند أنصار هذا الرأى إلى عدة حجج أهمها: أن نظرية التعسف فى استعمال الحق، لا تعنى، كما هو ظاهر من اسمها، إلا الحقوق فى المعنى القانونى الدقيق، والرخص العامة لا ينطبق عليها هذا الوصف، فهى قد تعتبر حقوقا فى المعنى السياسى أو الفلسفى لا فى المعنى القانونى، مما يقتضى استبعادها من نطاق تطبيق نظرية التسعف. الأمر الذى يؤدى إلى تصحيح

---

(١) راجع فى هذا المعنى: حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٩٩، ص ٧٨٣ ومابعدها - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٢١٣، ص ٣١٤. وانظر أيضا فى الفقه الفرنسى: ريبير، القاعدة الأخلاقية فى الالتزامات المدنية، فقرة ٩٦ ومابعدها - رواست، الحقوق التقديرية والحقوق المقيدة، المجلة الفصلية للقانون المدنى، ١٩٤٤، فقرة ٦، ص٥.

الخلط الشائع بين «فكرة الحق» و«فكرة الحرية أو الرخصة العامة»، وهو خلط تزايد، خاصة فى القرنين السابع عشر والثامن عشر فى أوروبا، حينما اصطنع الفلاسفة وكتاب السياسة ما أسموه «حقوق الإنسان الطبيعية» الخالدة ومن ضمنها العديد من الحريات العامة التى يجب كفالتها للأفراد، ليقابلوا بها ويوقفوا حقوق الملوك الالهية المزعومة التى كانت سندهم حينئذ فى الاستبداد والطغيان[١].

كذلك فإن انحراف الشخص فى ممارسة الحقوق أو الرخص العامة لا يحتاج إلى اقحام فكرة التعسف لترتيب مسئوليته عن الأضرار التى تلحق بالغير من جراء ذلك، إذ أن أحكام المسئولية التقصيرية كانت دائما تتكفل بذلك على خير وجه، فحيث يقوم الخطأ فى جانبه تقوم مسئوليته التقصيرية[٢].

وينتهى أنصار هذا الرأى إلى تأكيد ما تتمتع به فكرة التعسف من ذاتية واستقلال خاص عن فكرة الخطأ التقصيرى[٣]، فهى تخرج عن نطاق التطبيقات

---

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٩٩، ص ٧٨٤.

(٢) راجع فى هذا المعنى: حسن كيرة، المرجع والمكان السابقين، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٢٠٣، ص ٣١٤، حيث يقول« إن المعنى الواضح لذلك أن القانون لا يحابى صاحب الرخصة مثل محاباته لصاحب الحق، فالأول يسأل عن كل خطأ، والثانى لا يسأل إلا فى أحوال معينة من الخطأ».

وانظر فى الفقه الفرنسى، ديبين، المرجع السابق، فقرة ٩٦ ومابعدها.

(٣) راجع فى هذا المعنى: حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٩٩، ص ٧٨٥، وفقرة ٣٩٠، ص ٧٦٤ ومابعدها، حيث يدافع عن استقلال فكرة التعسف كنظرية عامة خارج دائرة المسئولية التقصيرية، ومن أهم ما يقرره فى هذا الصدد أن «المشكلة التى تثيرها فكرة التعسف مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسئولية ولا يتصور التماس حلها إلا على ضوء حقيقة الحق وجوهره وبالتالى فى ظل نظريته العامة وحدها. ذلك أن حل مشكلة التعسف يقتضى=

العادية لفكرة الخطأ المنشئ للمسئولية التقصيرية[١]. ومقتضى ذلك التمييز بين الفكرتين فيما تردان عليه من محل، فتكون فكرة التعسف قاصرة على استعمال الحقوق بالمعنى القانونى الدقيق بالنظر إلى ما تعنيه الحقوق من تفاوت فى مراكز الأفراد، فى حين تظل فكرة الخطأ منبسطة - من بين ما تتناوله - على ممارسة الرخص العامة بالنظر إلى ما تعنيه هذه الرخص من تساوى فى مراكز الأفراد[٢].

ثانيا - محاولة اخراج الحقوق المطلقة عن نطاق تطبيق نظرية التعسف:

٢٨٠- إذا كانت محاولة اخراج الرخص العامة من نطاق تطبيق نظرية التعسف لا تشكل، فى رأى أنصارها، تضييقاً لهذا النطاق على اعتبار أن النظرية لا تعنى إلا الحقوق بالمعنى القانونى الدقيق وهو ما لا ينطبق على الرخص العامة، إلا أن المحاولة التى نحن بصددها تعتبر بلا أدنى شك تضييقا واضحا صريحا لنطاق تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق، حيث يرى أنصار هذه المحاولة أن بعض الحقوق، بالمعنى القانونى الدقيق، لا يتصور بشأنها التعسف، ولا يخضع استعمالها لأية رقابة، وهذه هى الحقوق المطلقة أو

= الاختيار أولا بين الاطلاق أو النسبية فى استعمال الحقوق ثم يقتضى - إذا وقع الاختيار على النسبية - تحديد مداها ومدى رقابة الحقوق، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل اطار المسئولية التقصيرية أو استخلاصه من مبادئها وقواعدها. بل يرتهن ذلك بفكرة الحق ودوره أو وظيفته وبفكرة العدل ومدلوله، وبالنظر إلى القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين، وكل هذه مسائل تخرج عن نطاق المسئولية التقصيرية».

(١) راجع فى هذا المعنى: حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٨٩، ص ٧٦٢، ٧٦٣، حيث ينتقد الاتجاه السائد فى الفقه الذى يعتبر التعسف تطبيقا عاديا من تطبيقات الخطأ التقصيرى.

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٩٩، ص ٧٨٥.

الحقوق التقديرية كما يسميها البعض(١) أو الحقوق المجردة أو غير المسببة كما يسميها البعض الآخر(٢). ومن أمثلة هذه الحقوق، حق المالك على الشيوع فى طلب قسمة المال الشائع، والحق الأدبى للمؤلف، وحق الايصاء، وحق الموصى له فى رد الوصية، والحق فى الطلاق.

وقد قيل، فى تبرير اطلاق استعمال هذه الحقوق، أنها ترتبط ارتباطا وثيقا بذات الإنسان وتعبر عن شخصيته. ومن ثم يهيمن على استعمالها بواعث شخصية بحتة يستقل صاحب الحق بتقديرها ويصعب على القاضى مراقبة أو مناقشة هذا التقدير(٣).

الرأى الثانى - التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق:

٢٨١- وهذا ما يذهب إليه، بحق، جمهور الفقه(٤)، وهو أيضا ما يتأكد من حرص المشرع المصرى على أن تحتل نظرية التعسف مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية للقانون المدنى الحالى، اظهارا لما لها من معنى العموم بما يجعلها تنطبق على استعمال الحقوق بجميع أنواعها.

ولذلك لا نتفق فى الرأى مع أنصار التضييق من نطاق تطبيق نظرية

---

(١) رواست، المقال السابق.

(٢) جوسران، روح القوانين، ط٢، ١٩٣٩، فقرة ٣٠٥، ص ٤١٥.

(٣) رواست، المقال السابق، فقرة ٢، ص١ - وفى نفس المعنى فى الفقه المصرى، أحمد سلامة، فقرة ٢١٣، ص ٣١٥.

(٤) انظر فى هذا المعنى، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٥٧، ص ٨٤٢ - عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، ١٩٦٥، فقرة ٤٣٠، ص ٥٥٨ ومابعدها، عبد المنعم البدراوى، المدخل للقانون الخاص، ط١، ١٩٥٧، فقرة ٢٨٥، ص ٣٨٥ و٣٨٦.

التعسف وقصرها على بعض الحقوق دون البعض الآخر. وقد أشرنا إلى وجود محاولتين فى هذا الاتجاه، وعرضنا للحجج التى استند إليها أنصار كل محاولة. ونعرض فيما يلى لتفنيد هذه الحجج:

أولا - رفض محاولة اخراج الحقوق أو الرخص العامة من نطاق تطبيق نظرية التعسف:

٢٨٢- من أهم ما يؤخذ على هذه المحاولة أنها تقوم على تفرقة تحكمية لا سند لها من القانون بين الحقوق الخاصة والحقوق أو الرخص العامة[١]. فالمشرع عندما اشترط لمشروعية استعمال الحق ألا ينطوى هذا الاستعمال على تعسف من جانب صاحب الحق، لم يفرق بين الحقوق الخاصة التى تثبت لشخص دون غيره والحقوق أو الرخص العامة التى يعترف بها القانون للناس كافة. وليس أدل على رفض المشرع لهذه التفرقة من أن لجنة المراجعة قد حذفت النص الذى كان يتضمنه المشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى، والذى كان يمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق، بإجراء تفرقة بين الحقوق الخاصة والحقوق أو الرخص العامة[٢]. وقد كان المقصود من هذا النص، كما جاء فى

(١) جدير بالذكر أن المحاكم المصرية لا تقر هذه التفرقة، فهى تطبق نظرية التعسف على الانحراف فى ممارسة الحقوق أو الرخص العامة. انظر على سبيل المثال ما قررته محكمة النقض المصرية فى حكم لها بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ من أن «حق الالتجاء إلى القضاء، وإن كان من الحقوق العامة التى تثبت للكافة، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التى تلحق الغير بسبب اساءة استعمال هذا الحق»، مجموعة أحكام النقض، س ١٨، ص ١٩٤٣، رقم ٢٩٣.

(٢) وقد جاء فى هذا النص أن «الحقوق المدنية نوعان: حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة».

المذكرة الإيضاحية[1]، بيان أن التعسف يرد فقط على استعمال الحقوق الخاصة دون الحقوق أو الرخص العامة. وواضح أن حذف هذا النص يدل على رغبة المشرع فى التسوية بين هاتين الطائفتين من الحقوق، من حيث ورود التعسف على كل منهما[2]، وذلك تجنباً لما يمكن أن تثيره هذه المسألة من خلاف فى الفقه والقضاء خاصة وأن هناك اعتبارات تاريخية - سنشير إليها - تمهد لوقوع هذا الخلاف.

أما القول بأن الانحراف فى ممارسة الحقوق أو الرخص العامة يعتبر خطأ عاديا تكفي فى شأنه قواعد المسئولية التقصيرية، فلا نعتقد أنه يشكل حجة حاسمة لاستبعادها من نطاق تطبيق نظرية التعسف. فهذا القول يقوم على اعتبارات عارضة لا تتصل بجوهر نظرية التعسف فى استعمال الحق. ونقصد بذلك الاعتبارات التاريخية التى صاحبت ظهور النظرية. فقبل أن تظهر نظرية التعسف لم تكن الحقوق الخاصة تخضع لأية رقابة فى استعمالها، أما الحقوق أو الرخص العامة فكانت دائما خاضعة للرقابة، وكانت فكرة الخطأ فى المسئولية التقصيرية تتكفل بجزاء الانحراف فى ممارستها عن السلوك المألوف. وعندما ظهرت نظرية التعسف فى استعمال الحق تجلت فائدتها فى الرقابة على استعمال الحقوق الخاصة، ولم تظهر الحاجة إلى هذه النظرية، كوسيلة للرقابة على ممارسة الحقوق أو الرخص العامة. وهذا ليس من شأنه من الناحية العملية أن يجعل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ١، ص ٢٠١.

(٢) عكس ذلك، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٩٩، ص ٧٨٦، حيث يشير إلى أن حذف هذا النص لا ينتقص من دلالته على اتجاه المشرع المصرى، لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملا فقهياً أكثر منه تشريعياً.

التعسف مقصوراً على الحقوق الخاصة. فليس فى المنطق ما يبرز التفرقة، فى هذا الخصوص، بين حق التقاضى وحق الملكية مثلا، فيقال ان استعمال حق التقاضى لمجرد الاضرار بالغير يعتبر خطأ عاديا، بينما يعتبر استعمال حق الملكية للغرض ذاته تعسفاً[1].

وأخيراً، لا نتفق فى الرأى مع ما ينتهى إليه أنصار هذه المحاولة من تأكيد استقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ التقصيرى، وصولا إلى قصر نطاق فكرة التعسف على استعمال الحقوق الخاصة وبقاء فكرة الخطأ، كما كانت دائماً، منبسطة على ممارسة الحقوق أو الرخص العامة ونميل إلى ما يذهب إليه جمهور الفقه[2] من أن فكرة التعسف تعتبر تطبيقا من تطبيقات الخطأ التقصيرى، ومن ثم فهى تدخل فى دائرة المسئولية التقصيرية، ويسرى عليها المعيار العام للخطأ المتمثل فى الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى. وهذا لا يقلل من أهمية نظرية التعسف فى استعمال الحق. إذ أن قيام هذه النظرية كان له الفضل فى الكشف عن صور جديدة للخطأ التقصيرى، تختلف عن صورته العادية المتمثلة فى الخروج عن الحدود الموضوعية للحق، فهى نظرية لها كيانها المستقل فى هذا الخصوص، حيث ترسم لصاحب الحق الحدود التى يجب عليه

---

(١) راجع فى هذا المعنى: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٤٣٠، ص ٥٥٩.

(٢) راجع على سبيل المثال: السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٥٨، ص ٨٤٢ و٨٤٣ - عبدالمنعم فرج الصدة، المرجع السابق - فقرة ٤٣١، ص ٥٦٠ و٥٦١ - عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٨٥، ص ٣٨٥ و ٣٨٦، محمد شكرى سرور، المرجع السابق، فقرة ٢٩٠، ص٣١١، محسن البيه، شرح القانون المدنى المصرى، جـ ١، نظرية الحق، فقرة ٣٣١، ص٦٠٣ و٦٠٤.

مراعاتها فى استعماله للسلطات التى تدخل فى مضمون الحق[١].

لكل ما تقدم، فإننا لا نرى مانعا من أن يكون نطاق تطبيق نظرية التعسف شاملا لحالات الانحراف فى استعمال الحقوق الخاصة والحقوق أو الرخص العامة على حد سواء.

ثانيا - رفض محاولة اخراج الحقوق المطلقة من نطاق تطبيق نظرية التعسف:

٢٨٣- وهذه المحاولة أيضا لم تسلم من النقد، فقيل، بحق، إن صاحب الحق تحدوه دائماً دوافع شخصية من وراء استعماله لحقه، وإعمال نظرية التعسف يقتضى رقابة القضاء لهذه الدوافع، ومن ثم فليس من المنطق حرمان القضاء من رقابة استعمال بعض الحقوق بدعوى الصفة الشخصية للدوافع التى تهيمن على استعمالها[٢]. هذا بالاضافة إلى أن التسليم بفكرة الحقوق المطلقة، التى يهيمن على استعمالها دوافع شخصية بحتة تستعصى على تقدير القاضى، تثير مشكلة يصعب حلها، «هى مشكلة تحديد ما يعتبر من الدوافع ذا صفة شخصية خالصة، يترك لمحض تقدير صاحب الحق، وما لا يعتبر كذلك فيخضع لرقابة القضاء»[٣]. ولعل هذه الصعوبة هى السبب فى اختلاف أنصار فكرة الحقوق المطلقة على تعداد هذه الحقوق، بل انهم يسلمون بأن عددها فى تناقص مستمر[٤].

---

(١) راجع فى هذا المعنى، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٤٣١، ص ٥٦١.

(٢) راجع فى هذا المعنى، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٠٠، ص ٧٨٨.

(٣) حسن كيرة، المرجع والمكان السابقين.

(٤) راجع فى هذا المعنى، رواست، المقال السابق، رقم ٢، ص ١. عكس ذلك: جوسران، المرجع السابق، فقرة ٣٠٧، ص ٤١٧.

والواقع أن تبنى البعض لفكرة الحقوق المطلقة واخراج هذه الحقوق من نطاق تطبيق نظرية التعسف يعتبر أثرا من آثار النزعة الفردية المسرفة التى كانت تخول صاحب الحق سلطة مطلقة فى استعمال حقه[1].

وعلى أية حال، فإن المشرع المصرى لا يعترف بفكرة الحقوق المطلقة التى يتمتع أصحابها بسلطة مطلقة فى استعمالها دون رقابة عليهم من القضاء. وليس أدل على ذلك من أن النص الوارد فى شأن التعسف (م ٥ مدنى) جاء مطلقاً من كل قيد، فهو ينصرف إلى الحقوق بجميع أنواعها دون تمييز بين حق وآخر. وقد أكد المشرع المصرى موقفه الرافض لفكرة الحقوق المطلقة حينما أتيحت له فرصة التعرض لبعض هذه الحقوق. ففيما يتعلق بالحق الأدبى للمؤلف مثلا، نجده يؤكد على خضوع سلطة المؤلف فى تعديل المصنف وسحبه من التداول، أن يكون قد تصرف فى حقوق الاستغلال المالى، لموافقة القاضى، إذا إدعى المؤلف وجود أسباب خطيرة تبرر السحب أو التعديل[2]. وهذا يعنى أن المشرع المصرى ينفى عن الحق الأدبى للمؤلف صفة الحق المطلق الذى لا يخضع استعماله لأية رقابة.

---

(١) راجع فى هذا المعنى: حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٠٠ ص ٧٨٨ - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٤٣٠، ص ٥٥٩.

(٢) المادة ١٤٤ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

المطلب الثالث

جزاء التعسف

٢٨٤- قدمنا أن التعسف فى استعمال الحق ما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيرى. فهو، وفقا للمعيار العام فى الخطأ، يعتبر انحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادى. والقاعدة، وفقا للمادة ١٦٣ مدنى، أن «كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» وعلى ذلك فجزاء التعسف يتمثل أساسا فى التزام صاحب الحق بتعويض الأضرار التى تلحق بالغير من جراء الاستعمال التعسفى لحقه. ويحكم تقدير التعويض، وتحديد صورته، ذات القواعد التى تتبع فى خصوص العمل غير المشروع. فيقدر القاضى التعويض على أساس ما لحق المضرور من ضرر (م ١٧٠ مدنى). والتعويض قد يكون نقديا، وقد يكون عينيا باعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو الحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع (م ٢/١٧١ مدنى). ومن أمثلة التعويض العينى أن يحكم القاضى بهدم الحائط الذى أقامه المالك فى أرضه اضرارا بجاره. فهو فى هذه الحالة يزيل مظهر التعسف ويعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوعه. ومن هذا القبيل أيضا أن يأمر القاضى المالك الذى أقام مدخنة فى ملكه، بطريقة تؤذى الجار، بأن يعلى هذه المدخنة أو أن يغير من مسارها.

ومن صور التنظيم التشريعى لجزاءات التعسف، على نحو محدد تشريعياً ما نصت عليه المادة ٩٢٨ من القانون المدنى من أنه «إذا كان مالك الأرض، وهو يقيم عليها بناء، قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة، إذا رأت محلا لذلك، أن تجبر صاحب الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك فى نظير تعويض عادل». كذلك ما نصت

عليه المادة ١٠٢٩ مدنى من أنه «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم يتبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به».
كذلك المادة ١١٤ من قانون الاثبات فى شأن توجيه اليمين الحاسمة والتى أجازت للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها.
أيضاً ما نصت عليه المواد ٦٩٥ و ٦٩٦ من القانون المدنى فى شأن عقد العمل، ومن أحقية العامل فى الحصول على تعويض عن الفصل التعسفى، أو فى حالة نقله إلى وظيفة أقل ميزة من وظيفته التى يشغلها، وهو ما تجرى عليه قوانين العمل فى الدول المختلفة.

الفهـــرس

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة